الضمانات البنكية في التجارة الدولية في كتابين

الكتاب الأول

خطاب الضمان البنكى
وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان
فى التجارة الدولية

دراسة مقارنة

تأليف

سعد نصّار
المحامى والمحكم الدولى

الدكتوره
نجلاء نصار
المحامية و المدرسة بحقوق طنطا
دكتوراه من جامعة چنيف سويسرا
ماستر من جامعة هارفرد أمريكا.
إمليت من جامعة ترنتى كولدج أيرلندا
ماچستير من جامعة القاهرة.
ليسانس فى القانون جامعة القاهرة

الضمانات البنكية
فى
التجارة الدولية فى كتابين

الكتاب الأول

خطاب الضمان البنكى
وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان
فى التجارة الدولية

دراسة مقارنة

تأليف

سعد نصار
المحامى والمحكم الدولى

الدكتوره
نجلاء نصار
المحامية و المدرسة بحقوق طنطا
دكتوراه من جامعة جنيف سويسرا
ماستر من جامعة هارفرد أمريكا.
إمليت من جامعة ترنتى كولدج أيرلندا
ماجستير من جامعة القاهرة.
ليسانس فى القانون جامعة القاهرة

بســــم اللـــه الرحـــمـــن الرحـــيـــم

فـاتحـــة الـكـتـاب

إقــرأ باسمِ ربكَ الّذى خَلَقَ - خَلَقْ الانسـان مـن علقْ

إقـــــرأ ورَبُّكَ الاكْـــــرَمُ - الـذى عَلّمَ بـالـقـلـمِ

عَلّـمَ الانـســـانَ - مــــــــا لـم يَـعْـلَـم

صدق الله العظيم

هــذا مــــــا قــــــرأناه ... ... وتــعــلّــمـنــاه

فــــإذا تَعَلَّمْتَ ... مــا لــم نعلم ... فَـــعَلّمـنَا

ولا تــؤاخـــــذنــا إن نســـــــيـنـا ... أو أخــطـأنــا

سعد نصار - نجلاء نصار

شكر وإهداء

أما الشكر فنحن مدينون به لكل من عاون
فى إصدار هذا الكتاب - وكان الواجب
ذكرهم فرداً فرداً - إلا أنهم كُثُر
فلهم منا منتهى الشكر والإمتنان

أما الإهداء فهو الى من
يحب ولا يكره وإلى من قرأ ..... ووعى

سعد نصار - نجلاء نصار

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الكتاب

موضوع دراستنا هو «الضمانات البنكية فى التجارة الدولية » ويلزم أن نلاحظ أننا لن نتحدث عن الضمانات البنكية فى التجارة المحلية أو خطاب الضمان فيها لأن هذا الموضوع خارج عن موضوعنا.

وهذا هو الكتاب الأول وموضوعه :

خطاب الضمان البنكى

وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان فى التجارة الدولية

دراسه مقارنة

– وفى الكتاب الثانى – إن شاء الله ندرس باقى الضمانات البنكية فى التجارة الدولية – ومنها الاعتماد المستندى Documentary Letter of Credit .

ما الاعتماد المستندى بالضمان Stand-By Letter of Credit فهو شئ آخر فهو خطاب ضمان بنكى فى عباءة Letter of Credit لذلك درسناه فى هذا الكتاب الأول – ونعود اليه – إن شاء الله – فى الكتاب الثانى.

وآثرنا إستعمال كلمة «بنك» بدلاً من استعمال كلمة «مصرف» ذلك أن كلمة «بنك» عربيه وليست فى حاجة الى التعريب – وأيضاً فالقوانين أجمعت على استعمال كلمة بنك فى مصر

مثل قانون البنوك والائتمان وقانون بنك ناصر وقانون بنك الاستثمار القومى – وقانون البنك المركزى المصرى وقانون سرية حسابات البنوك. فهذه القوانين وغيرها آثرت استعمال كلمة بنك بدلاً من كلمة مصرف – ليس فى عنوان القانون فقط وإنما فى مواده.

وقبل ذلك – فكلمة «بنك» عالميه ونحن بصدد دراسة مقارنه يلزم أن نلتزم فيها بالتعبيرات العالميه – والتسميات الدولية فى المراجعة والمراجع هذا بالنسبه لاسم الكتاب الأول وعنوانه وتعبيراته.

* * * *

ونقدم الآن أو نعرف أو نوضح فصول الكتاب : –

الفصل الأول

تناولنا فيه **تعريف خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية وطبيعته القانونية**. ثم ثنينا **بالحديث عن مفهوم التجريد من السبب** وهى السمه الأساسيه فى خطاب الضمان البنكى – وعدنا بها الى جذورها الرومانيه، هادفين من ذلك إلى الإيضاح.

ثم تحدثنا فى هذا الفصل " **عن التصرف القانونى والواقعة القانونية** " وكان ذاك لازماً ومطلوباً – لأبراز إختلاف المفاهيم بين المدرستين الانجلوسكسونيه – واللاتينيه وإيجاد أرضيه مشتركة بينهما فى فهم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية – فالقانون الانجليزى لا يفرق بين التصرف القانونى الإيرادى والواقعة المادية البحته التى قد يترتب عليها حقاً أو التزاماً وينظر اليهما أو أنه يفترض فيهما أنهما عقد The Indimenty Contract – ولا مجال فيه لمفهوم المسئولية التقصيرية – المستقلة عن المسئولية العقدية كما هى فى المدرسة اللاتينية وذلك بالرغم من أن كلا المدرستين ذات جذور واحده – لذلك عدنا بِقَدْرٍ الى هذه

الجذور لفهم هذا الخلاف المؤثر على موضوعنا فى عقود الضمان واختلافاتها فى المدرستين – ورَأَيْنَا ذلك لازماً.

وتحدثنا فى هذا الفصل أخيراً عن المحاولات الفقهيه والقضائيه فى رد خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدولية الى قواعد شمولية خاصة بالنسبة للمدرسة اللاتينيه – وهذا الموضوع هام للغايه لأن – تكييف خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدوليه على أنه نوعاً من الكفاله أو الأنابه أو سندات الائتمان أو أنه التزام بالإراده اَلْمُنْفَرِدَه أو أنه إشتراط لمصلحة الغير – نقول – أن مثل هذا التكييف – يؤثر على خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوليه بالسلب ويعوق مسيرته باعتباره كما يُقَال شريان الحياه فيها.

وللأسف مازالت بعض البلاد تَصرْ على إشتقاق خطاب الضمان ونسبته الى نظم أخرى من الضمانات السابقه عليه والتى قد تباشرها أيضاً البنوك – ولكن من حسن الحظ أن هذه البلاد تقرر لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدوليه سماته الضرورية بصرف النظر عن رَدهُ الى نظام من هذه النظم – فهو عندها أيضاً مجرد عن السبب – منفصلاً عن العلاقات المحيطه به، التزام شخصى من البنك لمستفيد معين بالذات غير قابل للتداول صكه كاف بذاته ... الخ.

ولم يبق عليها إلا أن تعترف بأنه نوع خاص من الالتزام البنكى مصدره المعرف البنكى – واحكام القضاء – واجتهاد الفقهاء والمحامون الدوليون – وقبل ذلك كله حاجه التجاره العالميه له – وقد قننته بعض البلاد غالباً بمفهومه الدولى – وإجتهدت المنظمات العالمية وعلى رأسها هيئة الأمم Uncitral والغرفه الدوليه للتجاره I.C.C. وسواهما أن تضع له، أى لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية، قواعد موحده.

الفصل الثانى

وفى هذا الفصل من الكتاب تناولنا العلاقات الثلاث المحيطه بخطاب الضمان – وهى علاقه البنك بالعميل الآمر – وعلاقة الآمر بالمستفيد أو العقد الأصلى – وعلاقة المستفيد بالبنك.

وفى العلاقة الأولى " البنك والعميل " وأوجزنا الحديث عن التعاقد على اصدار خطاب الضمان باعتباره عقد خدمه مصرفيه – وواجبات البنك فيه وأخصها نصح العميل إذا ألزمه القانون أو العرف – ثم تحدثنا عن تجديد خطاب الضمان البنكى أو ما يقال عنه بمد خطاب الضمان وأوجزنا فى الحديث عن غطاء خطاب الضمان وطبيعته القانونيه – وقيمته النقديه المحدده. أو القابله للتحديد.

وفى العلاقة الثانيه علاقة الآمر بالمستفيد أى العقد الأصلى تحدثنا عن مَحَلْ العقد – ثم تحدثنا عن بعض أنواع خطابات الضمان بالنسبة لموضوعها.

وتناولنا فى هذا الفصل تأصيل وتكييف دور البنك فى خطاب الضمان البنكى باعتباره خدمة تمويليه وليست ضمان.

وتناولنا فى هذا الفصل أيضاً العلاقات التى تقوم فى خطاب الضمان المقابل سواء أكان معززاً أو غير مُعَزِزٍ ومفهوم إستقلالية خطاب الضمان عن العلاقات المحيطه به – ومدى إلتزام البنك بتنفيذ تعليمات عميلة وهو التزام ببذل عنايه.

وفى العلاقة الثالثة وهى علاقة، البنك بالمستفيد، تحدثنا عن التزامات المستفيد والتزامات البنك وما تتأثر به فى حالات الأفلاس – والحجز والتجميد – وعدم إمكان تغيير طرفيه.

وتناولنا خطاب الضمان المشروط وغير المشروط والضمان المقابل – وتسجيل وابلاغ خطاب الضمان وربما عدنا الى بعض الموضوعات التى أسلفنا ذكرها لمناسبة إقتضت ذلك – وربما إستشهدنا بحكم واحد فى حالتين.

الفصل الثالث

وفيه تحدثنا عن إنقضاء خطاب الضمان بانتهاء أجله أو بصرفه ومُكْنَة انتهائه من عدمه بالمقاصه أو إتحاد الذمه والابراء والتقادم أو إستحالة التنفيذ.

وذكرنا نبذه عن «ضمان الضمان» - والقانون الواجب التطبيق - والاختصاص القضائى.

الفصل الرابع

وخصصنا هذا الفصل لخطابات الضمانات البنكية فى التجاره الدولية فى بعض البلاد الاسلامية فى مصر - فى تركيا - فى العراق - فى السودان - فى سوريا - فى الاردن - فى السعودية - فى الكويت وغيرها .

الفصل الخامس

وخصصنا هذا الفصل لدراسة خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية فى بعض دول أوروبا فى فرنسا - فى بلجيكا ولوكسمبورج - وفى سويسرا - فى هولاندا - فى ايطاليا - وفى المانيا - فى انجلترا - وفى أمريكا باسم الاعتماد المستندى بالضمان Stand - by Letter of Cridet ونعود لهذا الموضوع فى الفصل السابع عند الحديث عن القواعد الموحده Uniform Rules for Guarantees in the International trade and Stand by Letter of Credit .

الفصل السادس

وتحدثنا فى هذا الفصل عن صياغات خطابات الضمان المختلفة طبقاً لنماذج البنوك فى بعض بلاد العالم وقد أوضحنا فى صدره أنه يصعب أن يكون هناك صياغه واحده لخطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوليه لأن هذه الصياغه يحددها نوع الضمان - وأنواع العقود التى تفرزها النشاطات التجارية وشروط هذه العقود التى لا تقع تحت حَصْرْ.

هذا مع اختلاف القوانين من بلد لآخر فى نظرتها لهذا الموضوع شكلاً وأحكاماً ثم أثبتنا نماذج لخطابات الضمان المختلفة لبعض البنوك - فى مصر وبعد البلاد العربيه.

وكذلك نماذج خطابات الضمان - للبنوك فى اوروبا ونماذج الاعتماد المستندى بالضمان فى امريكا والفلبين.

وجميع النماذج التى نقلناها وصلتنا من البنوك ذاتها غالباً. ويصعب أن ننقل كل نماذج بنوك العالم - ونعتقد أن ما أوردناه كاف لمعرفة أسلوب البنوك المختلفة فى التعامل فى خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوليه.

ونرى أن هذا كان لازماً - للتعرف على ما هو جارى عليه العمل فى البنوك - مع الاشاره الى أن هذه النماذج المطبوعه على ورق البنك لا تلزم عملائهم ولا تُمْلِى عليهم - وغالباً ما يتم صياغة خطاب الضمان بالاتفاق مع العميل الآمر والبنك المصدر فى عقد الخدمه المصرفيه بينهما.

الفصل السابع

وفى الفصل السابع تناولنا القواعد الموحده الصادره عن غرفة التجارة الدولية فى باريس I.C.C. International Chamber of Commerce وأوردنا نصوص القواعد الموحده لضمان العقود الصادره لسنة ١٩٧٨ أول محاولة صدرت عن I.C.C. Uniform Rules for Contract Guarantees.

ثم أثبتنا آخر قواعد موحده عن .I.C.C لسنة ١٩٩٢ وأخذنا عن طبعة لسنة ١٩٩٦ وهى القواعد الموحده لخطاب الضمان المستحق عند الطلب Uniform Rules For Demand Guarantee U.R.D.G وأوردنا النصوص باللغة الانجليزية دون ترجمتها - وعلّقنا عليها من شرح منظمة .I.C.C لها وفى هذا الفصل مقدمه عن المنظمات الدولية التى تنشط فى هذا المجال وأهمها.

1 - Commission of the European Comnunities.

2 - Hague Conference on Private International Law.

3 - International Chamber of Commerce.

4 - United Nation Commission on International Trad Law UNCITRAL

وقدمنا للقواعد الموحده لخطاب الضمان تحت الطلب الصادر عن .I.C.C سنة ٩٢ بنبذه عن المحاولات التى قامت بها هذه المنظمه بالتعاون مع هيئة الأمم المتحدة Uncitral والتى عرضت مسودتها فى اجتماع نيويورك فى المده من ١١ الى ٢٢ ابريل سنة ٨٨ ثم فى مؤتمر فينا فى المده من ٨٨/١١/٢١ حتى ٨٨/١٢/٢.

وكذلك تناولنا فى هذا الفصل - توضيح لماذا إخترنا تحصيل النصوص دون ترجمتها.

وأشرنا الى قواعد U.R.C.B Uniform Rules For Contract Bonds ثم تحدثنا عن اتفاقية الامم المتحده الصادره فى ٩٥/١٢/١١ United Nations Covention on Inde- pendant Guarantee and Stand By Letter of Credit Uncitral وهى مازالت مفتوحة للانضمام اليها وأقتصرنا على مجرد نقل نصوصها لأنها لم توضع موضع التنفيذ بعد وحتى ديسمبر سنة ١٩٩٧.

ثم تحدثنا عما إذا كان هناك قواعد موحده لخطاب الاعتماد المستندى بالضمان من عدمه؟ ورأينا أن القواعد الموحده لخطاب الضمان المستحق عند الاطلاع تشمله – واستبعدنا نسبته الى القواعد الموحده للإعتمادات المستندية العادية Uniform Customs and Practice For Documentary Credit U.C.P.

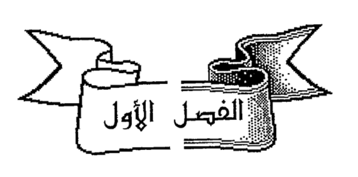
الفصل الثامن

وتحدثنا فيه عن الغش فى صرف خطاب الضمان البنكى والاعتماد المستندى بالضمان – وحاولنا اعطاء صور لما اعتبرته المحاكم فى العالم غشاً – تأسيساً على أن أحكام المحاكم هى الاساس فى تقرير ما إذا كان هناك غش من المستفيد فى الصرف من عدمه وليس الفقه أو التشريع.

وبمنتهى الايجاز تكلمنا عن الغش فى هولاندا – والمانيا – وفرنسا – وبلجيكا – وانجلترا – وامريكا من واقع أحكام المحاكم فى هذه البلاد.

وبهذا أنهينا هذا الكتاب

وتم بعون الله وتوفيقه إن شاء الله.



النظام الدولى لخطاب الضمان البنكى

بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الأول

النظام الدولى لخطاب الضمان البنكى

أولا : الطبيعة القانونية وتعريف خطاب الضمان البنكى

ثانيا : مفهوم التجريد من السبب فى خطاب الضمان البنكى

ثالثا : التصرف القانونى والواقعة القانونية

رابعا : محاولات رد خطاب الضمان البنكى إلى قاعدة قانونية كلية

أ - ليس كفالة

ب - ليس إنابة

جـ - ليس سند إئتمان

د- ليس التزاما بالادارة المنفردة

هـ - ليس إشتراطا لمصلحة الغير

أولا : تعريف خطاب الضمان البنكى وطبيعته القانونيه

إستقر العرف الدولى أو هو يكاد - على مفهوم معين لخطاب الضمان البنكى ، يميزه عن كل الضمانات التقليدية ويجعل له كيانا خاصا به ، قائما بذاته - متميزاً فى نشأته وآثاره وانقضائه والسمات الأساسية فيه يمكن تحصيلها فى التعريف الآتى : -

خطاب الضمان البنكى هو تصرف قانونى مجرد عن السبب - ومطهر من الدفوع - غير قابل للتداول - مصدره العرف البنكى والقانون ، ويصدره البنك بإرادته المنفردة فى علاقة مباشرة ومستقلة ومنفصلة عما يحيطه من علاقات الآمر أو المستنفيد ، يلتزم البنك فيه بدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد من النقود لمستفيد معين بالذات بناء على طلب من عميله وهو غير قابل للرجوع فيه من البنك طوال أجله الوارد بنصه ، ولا إعتبار فى قيامه بارادة المستفيد سواء قبله أو رفضه وهو التزام شخصى سواء بالنسبة للبنك أو المستفيد .

و أخص ميزاته أنه التزام قطعي ومباشر للمستفيد غير قابل للإلغاء ، أو التعديل من البنك، والمستفيد غريب عنه لم يشترك فى إنعقاده ووجوده ولا تلزم موافقته السابقة أو اللاحقة لقيام خطاب الضمان.

ويولد خطاب الضمان بمجرد أن يتم اصداره من بالبنك ويسجل فى دفاتره ويخرج سنده من حيازه البنك حتى لو استرده بعد ذلك بطريقة مشروعه أو غير مشروعه ، وصل الى علم المستفيد أو لم يصل - فقد وجد ليعيش أجله ألمنصوص عنه فى سنده .

ومن سماته أنه شخصى بالنسبة للبنك - فالبنك لا يمكنه تحويل التزامه به فى أجله الى بنك آخر - وهو ايضاً شخصى بالنسبة للمستفيد غير قابل للتداول أو التظهير أو التنازل - ومبلغه غير مملوك للمستفيد وإنما هو من مال البنك - ويظل كذلك الى أن يصرفه المستفيد فى اجله وبشروطه الواردة به إذا كان مشروطا ويقبض مبلغه فعلا .

والمستنفيد لا يساهم فى وجوده ولا أثر لإرادته فى قيامه - فهو غير مرهون الوجود بموافقة المستفيد او علمه أو رفضه قبل قيامه او بعد قيامه فليس له الا طلب صرفه وقبض مبلغه والملتزم الوحيد به هو البنك الذى اصدره - ولا التزام علي المستفيد فيه .

وهو علاقة قائمة بذاتها لاتُرَدْ سببا أو وجوداً لأى من العلاقتين المحيطين به - سواء فى ذلك عقد الخدمة البنكية بين الآمر والبنك بطلب اصداره ، او عقد الآمر مع المستفيد الذى صدر خطاب الضمان البنكى ليضمن للمستفيد تنفيذ الآمر لالتزامه أو التزاماته في حدود مبلغه وشروطه ونصه .

فهذين العقدين مستقلين تماما عن خطاب الضمان - أو أنه هو المستقل عنها - وجودا

وآثارا وإنتهاء – وهو ليس عقداً – وليس فى تكوينه الا طرافا واحدا هو البنك ، فالمستفيد ليس طرفا فيه والآمر كذلك.

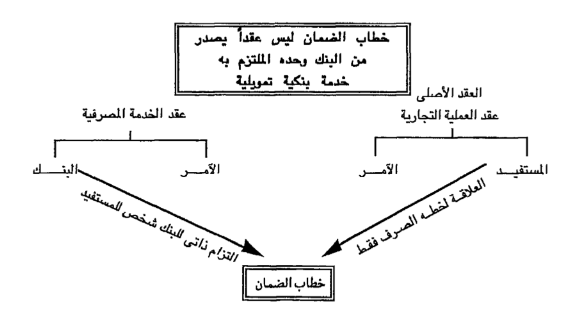
ولا يغير فى هذا الفهم شيئا حتى وان تضمن سنده نصا يشير صراحة أنه صدر لضمان التزامات الآمر فى عقده مع المستفيد وحددها .

ويظل كذلك مع الإشارة فى نصه دائما أنه صدر بناء عن طلب فلان الآمر – فذكر – مناسبة صدوره فى صلبه أو شرط إستحقاقه أو كلاهما لا يعد احدهما أو كلاهما سببا له ، فهو مجرد عن السبب على النحو الموضح بعد .

وهو ليس عقدا – ولا شيكاً – ولا نقوداً – ولا ورقة تجارية ولا هو ضمان بنكى تقليدى – وليس كفالة – ولا إنابة قاصرة أو كاملة – ولا سند إئتمان ولا إشتراط لمصلحة الغير .

ولا هو من قبيل الإلتزام بالادارة المنفردة من البنك المصدر له – لأن القوة الملزمة فيه مصدرها العرف البنكى الدولى والقانونى : – وفى ذلك كله ايضاح نتناوله فيما بعد ، وعلى ذلك :

خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية نظام قانونى مبتكر مستقل عن كل النظم القانونيه السابقة عليه في الضمانات المدنية والتجارية..



ثانياً : مفهوم التجريد فى خطاب الضمان البنكى

تمهيـــد

ليس تجريد الإلتزام من السبب بشئ جديد على القوانين ذات الجذور الرومانية – وقد بعثت المانيا – أقرب دول أوروبا إلى القانون الرومانى – تجريد الإلتزام من السبب – الذى كان الأصل السائد فى القانون الرومانى القديم .

قامت قوانين الإمبراطورية الألمانية على أفكار قوانين الإمبراطورية الرومانية المقدسة منذ سنة ٩١١ م ، ثم في عهد الأمراء المنتخبين السبعة وحتى إنحصار عرش الإمبراطورية فى أسرة هايسبرج سنة ١٢٧٣ التى سقطت سنة ١٩١٨ .

وتأثرت المانيا الإتحاديه كثيرا بالقانون الرومانى فلم تعرف المانيا الوحدة القانونيه حتى صدور المجموعة الألمانية سنة ١٨٩٦ وكان ذلك بعد قيام الوحدة السياسية سنة ١٨٧٠ – التى قضت على القوانين القبلية والإقطاعية – وسادت إقليمية القوانين – بدلا من شخصيتها .

وكان القانون الرومانى والقانون الكنسى هما جذور القانون الألماني الموحد . ذلك أن أصل الثقافة القانونية الألمانية كانت القوانين الرومانية .

فعندما أُنشئت محكمة الدولة سنة ١٤٩٥ كان نصف إعضائها من فقهاء القانون الرومانى ثم اصبح لزاما أن يكونوا جميعا من فقاء هذا القانون .

ومنذ سنة ١٥٢١ كانت المحاكم تطبق فى المقام الأول القانون الرومانى الذى ساد تماما فى منتصف القرن السادس عشر وان كان مأخوذا عن بولونيا ومجموعة جستنيان.

ونطاق تطبيقه كان قاصرا على الأحوال التى يتوافر فيها قانون خاص أو عرف خاص بالمدنية أو الدولة ، وذلك هو الباندكت فى التشريح الألمانى .

ومع هذا العمق في إرتباط القانون الألماني بالقوانين الرومانية – ليس مستغربا أن تأخذ المانيا المبادرة في العودة الى الالتزام المجرد من السبب أخذا عن جذوره فى القانون الروماني..

التجريد علته و غايته

أولا : علتــــه

الأصل فى الفكر القانونى الرومانى هو تجريد الإلتزام من السبب وتطهيره من الدفوع – ويرد ذلك الى عله وغاية – أما العلة فتكمن فى فكر الحضارة الرمانية أو فلسفتها التى لا تتصور المعانى الذهنية قائمة بذلتها وإنما هى موجودة فقط عندما يكون لها شكل مادى يدمج فيه المعنى الذهنى – فالشرف والجمال والحقيقة والعدل – يلزم لها أشكال مادية تكون محتوى هذه المعانى الذهنية – وأصبح المعنى الذهنى هو بذاته الشكل الذى صبت فيه – وكان لذلك اثره على الفكر القانونى والدينى .

هذا بجانب أن التصرفات كانت محدّده – وإمكانية وجود تصرف جديد كانت ضيقة جداً وكل تصرف تقوم صحته على الشكل والقالب ، واذا توافر الشكل والقالب للتصرف فهو صحيح ..

والقانون الرومانى كان إستقرائى – وليس شمولى يضع لكل حالة حكمها – ولا يضع قاعدة عامة تحكم عديدا من الحالات .

وهكذا كانت العبرة فى قيام الإلتزام وإحداثه لآثاره القانونية إنما تَكْمُنْ فى القالب والشكل المرسوم للتصرف – فإذا توافر الشكل أفرز الإلتزام المقصود منه لتصرف معين ويستحيل تقرير التزام قانونى لأحداث أو تغيير أو إنشاء حالة قانونية جديدة دون صب التصرف فى الشكل والقالب المرسوم له – وإذا قام الشكل قام التصرف القانونى – دون البحث فى أى شروط لقيام الأخير .

فالسبب كامن فى الشكل وهو بذاته التصرف القانونى الذى يفرز الالتزام لهذا كان القانون الرومانى فى جوهره يجرد الالتزام من السبب ويطهره من الدفوع .

ثانياً : غايتـــه :

إستهدف القانون الرومانى من ذلك غاية هى إستقرار المعاملات دون النظر الى حرية الإرادة أو وجود سبب الإلتزام .

وتأسيسا على ذلك كان القانون الرومانى والقوانين الأقدم منه والتى تعد مصدراً للقوانين المعاصرة – خاصة فى أوربا – لا تعرف إلا الإلتزام المجرد عن السبب فهو الأصل في الفكر القانونى الرومانى.

التطـــــور :

ولكن الواقع والتطور فرض على القوانين الرومانية أن تضع في إعتبارها عامل العدالة الى جوار الاستقرار ومر ذلك في مراحل.

المرحلة الأولى للتطور :

وأصبحت الغاية تستهدف الإستقرار والعدالة لذلك بقى الشكل والقالب الذى يصب فيه الإلتزام باعتباره وحده المنتج له، أى للالتزام، وذلك يهدف إستقرار المعاملات، وإستمرت فكرة إدماج التصرف القانونى في شكله وقالبه ضمانا للاستقرار.

ولتحقيق العدالة ايضا سمح برفع دعوى ابطال أو تعويض أو تحلل من الالتزام المجرد عن السبب والقائم والمنتج لآثاره مع قيام الشكل ، وكانت هذه الدعوى تمنح لاطراف العقد وللغير ايضا .

المرحلة الثانية للتطور :

وفى المرحلة الثانية بدأت فكرة الاراده الحرة تظهر كأساس فى قيام الإلتزام نتيجة لدعوى

ابطال التصرفات أو الالتزام ؛ ونظر الى الإدارة وحريتها في التعبير والالتزام علي إنها الأهم.

المرحلة الثالثة للتطور :

وفي عهد جستنيان أصبح من الممكن أن يقوم الإلتزام بالاراده دون النظر الى الشكل أو القالب الذي تصب فيه – ولكن الشكل لم ينتهى تماما ، إنما إنكمش ليفسح مجالا أكبر لسلطان الاراده فى التصرفات ، وقام التصرف القانونى علي اساس أنه افراز الاراده الحرة الخالية من العيوب التى تؤدى الى إفساده . وأصبحت الارادة قادرة علي إحدث حالة قانونية جديدة بشرط أن تَرِدْ على محلٍ مشروع ويكون سببها صحيح وغير مخالف النظام العام والاداب وتخلّف الركنين – المحل أو السبب – يبطل الإلتزام كليا أو جزئيا أو يحوله – سواء أكان الإلتزام نتيجة التقاء إرادتين أو بارادة منفردة .

بقى الشكل لازما فى بعض التصرفات لاستقرار المعاملات حتى الآن – لكنه – ليس الشكل الرومانى القديم الذى يُفْرِزْ هو الالتزام – وإنما أصبح الشكل لازما للإثبات ولمكنة سريان آثار التصرف القانونى علي الغير .« **تسجيل العقارات وشهرها مثلاً** ».

وصلنا الى قمة سلطان الإدارة وإنتصار فكرة العدالة – وتم التضحية بفكرة الشكل والقالب المفرز بذاته للإلتزام – مع التمسك ببعض ضرورات الشكل للاثبات – ضماناً للاستقرار وتعميقاً لسلطان الإدارة فى الممارسة منذ عهد جستنيان وحتى الان .

بعث التصرف القانونى المجرد

Abstract Acte

قلنا أن المانيا – كانت دائما الأقرب الى جذورها في القانون الرومانى – وظهرت الحاجة الى حماية استقرار المعاملات خاصة البنكيه منها وفى التجارة الدولية بالذات كما ظهرت

الحاجة الى تداول الاوراق التجارية في المعاملات ، وليس لازما ربط التصرف بالشكل والقالب كما كان فى القانون الرومانى .

وفى مؤتمر (أشتودجر) المنعقد فى ٢٨ /٨ / ١٨٧١ صدر قرار عن هذا المؤتمر أعلن فيه : -« **أنه ليس من الضروري الإعلان عن سبب التصرف لقيام الإلتزام سواء أكان ذلك فى التصرفات المدنية أو التجارية** » .

وفى سنة ١٩٠٠ أصدرت المانيا قانونا بتقنين هذا المبدأ ، ثم أخذت به بعد ذلك فرنسا وسويسرا وايطاليا، وهكذا عاد التصرف القانونى المجرد عن السبب للظهور فى ثوب جديد كعامل من عوامل الإستقرار خاصة فى المعاملات التجارية والبنكية ونظر كل بلد الي التصرف القانوني المجرد عن السبب حسب أعرافه وقوانينه.

ففى مصر وفرنسا ربط السبب بالاراده وقامت تفرقة بين السبب والباعث فالسبب هو الهدف المباشر الذي قصدة الملتزم من التزامه - أما الباعث فهو السبب البعيد.

ثم ضاقت ألشُقّه بين السبب المباشر والسبب الباعث وأصبح السبب هو السبب المباشر الباعث علي التعاقد أو على التصرف القانونى.

وربط القانون الفرنسى - السبب بالمشروعية وأبطل الإلتزام لانعدام السبب أو لعيب فى الإدارة .

وفى ايطاليا إعتبر الإلتزام المجرد عن السبب مصدره القانون - ولا يبحث عن السبب المباشر او الباعث للملتزم .

وفى الإلتزام المجرد يلزم توافر أهلية الملتزم وصحة تعبيره عن ارادته - وأن يرد على محل مشروع والتعبير عن ألإراده هى وحدها الواردة بنص السند المقرر للإلتزام المجرد دون البحث وراء السند عن أى ارادة غير الظاهرة فيه .

- والإلتزام المجرد عن السبب ملزم لمصدره نهائى لايجوز له الرجوع فيه لأى سبب طالما

ان محله مشروع فلا يستطيع الملتزم التحلل منه أو وقف أثره أو فسخه أو الدفع بعدم التنفيذ.

والارادة المعلنة فى نص ورقته – وهي الارادة الحقيقية – وسنده هو المفرز للحق الوارد بشرطه ودون حاجة إلى قالب معين .

والالتزام المجرد يلزم مُصْدِرُه فقط دون الدائن به أو المستفيد منه – ولاضرورة أن يحمل سنده سببا له فهو نافذ دون النظر للسبب المباشر أو الدافع الشخصى للملتزم ، وقد يكون مشروطا أو غير مشروط بنص سنده – الا أنه لا يمكن تعليقه على ارادة المصدر (البنك) أو العميل الآمر، فى خطاب الضمان البنكى، وفى بعض الحالات يقضى القانون بعدم تعليق الإلتزام على أى شرط كما هو الحال فى تظهير المستندات القابلة للتداول – فلا يسمح. القانون بتعليق التظهير فيها علي أى شرط اللهم الا الميعاد (الرجوع علينا في الميعاد) لذلك فان الإلتزام المجرد عن السبب لا يتعارض مع سلطان الارادة والتجريد ليس اعداما للسبب بل هو إفتراض قيامه والكف عن البحث عنه – فالارادة الظاهرة في سنده هى بذاتها الباطنه والحقيقية ولا يبحث عنها خارج سنده ولم يعد الشكل والقالب الذى صاحب نشأته لازما لقيامه كما كان الحال فى القانون الرومانى القديم .

وفى الالتزام المجرد قد يكون الحق فيه مندمج في سنده أو منفصل عنه – ويلزم أن يكون سنده كاف بذاته لقيامه – وقد يكون قابلا للتداول وقد لا يكون .

ويبطله نقص أهلية الملتزم – والتزوير – والاكراه – وعدم مشروعيته – والعيوب الشكلية وهو مطهر من جميع الدفوع التى تبنى على مقولة إختلاف الإرادة الظاهرة والمعلنة عن الإرادة الحقيقية وذلك في مواجهة المستفيد .

والقول بإنعدام السبب – فى الالتزام المجرد – هو خلط بين الإرادة والسبب فلا يمكن أن يوجد تصرف بغير سبب اللهم إلا تصرف المجنون .

وهذا الخلط بين الارادة والسبب جاء نتيجة للتفرقة بين السبب الحقيقى أو المباشر والباعث وأصبح مع هذا النظر هناك سببين سبب ظاهر – وسبب خفى أو حقيقى ، وقالوا أن السبب المباشر لأى التزام هو التزام الطرف الاخر – أما السبب الحقيقى الباعث على التصرف والذي دفع الملتزم للإلتزام فهو وراء هذا السبب الظاهر كامن فى ارادة الملتزم ، وهذا خلط بين الارادة والسبب .

ويؤدي الى مُكْنَه التحلل من الإلتزام – وعدم استقرار المعاملات – بمقولة أن السبب منعدم لأنه ليس هو الذى تعنيه ارادة الملتزم .

وهذا ما بعث فكرة تجريد الإلتزام من السبب للقضاء على ذلك والعمل على استقرار المعاملات .

وإندمج السبب الظاهر فى السبب الحقيقى، فى السبب الباعث وأصبح السبب الوارد في سند الإلتزام المجرد هو وحده صاحب الإعتبار دون البحث ورائة .

إستقر مفهوم السبب فى مصر وفرنسا علي أنه الباعث الدافع للتصرف المشروع الهادف لتحقيق مصلحة الملتزم بارادة خالية من العيوب ، وهو شخصى مرتبط بالمحل الوارد عليه .

السبب اذن هو قيد على حرية الملتزم الذى لا يستطيع أن يصوغ التزامه طبقا لهواه بحريه مطلقة دون التزامه بأن يكون لإلتزامه سببا – أو على الاقل – دون أن يُجْبَره ، أن يُعْلِنَ ذلك وهو لو أعلن لا نبحث وراء ما أعلنه ونستقصى السبب الحقيقى الذى اخفاه أو لم يشأ الإعلان عنه .

فليس الأمر – فقط خلط بين الارادة والسبب بل تدخل فيما وراء الإرادة التى أفرزت السبب .

ويكون الإلتزام المجرد صحيحا موجودا حتى لو كان يخفى سببا مستترا لم يشأ الملتزم الافصاح عنه ويكون صحيحا ذُكِرَ سببه أو لم يذكر فى سنده ولا يسمح بالبحث فى ذلك .

التجريد اذا لا ينكر وجود سبب الإلتزام وهذا مفهوم حتى لغويا لكلمة التجريد فنحن لا نقول الإلتزام المنعدم السبب - بل نقول المجرد عن السبب أى الذى خلع سببه الموجود فعلا والخلع هنا بمعنى عدم المناقشة فيه وعدم الالتفات اليه وعدم البحث عنه ونقبل الإلتزام عاريا من السبب فى سبيل استقرار المعاملات وعدالتها . ويكون من حق الدائن المستفيد أن يطالب بحقه الذى يقرره دون أن يكون ملزما باثبات سببه .

وهذا ليس مجرد إعفاء من عبء الاثبات فالحق يقوم مستقلا عن السبب الدافع لقريره حتى اذا أشير اليه فى سنده .

فالقانون المصرى مثلا يلزم ساحب الكمبيالة أن يذكر فيها وصول القيمة نقدا أو بضاعة وهذا لا يمنع اعتبار الكمبيالة مجرده عن السبب .

رأينا أن نوضح تحديدا مفهوم تجريد الإلتزام من السبب باعتباره سمة أساسية فى خطاب الضمان البنكى نحدد طبيعته ، وأحكامه - وتفرزه كنظام خاص من الضمانات يصعب وضعه علي مستوى واحد مع أنواع الضمانات الأخري أو رده اليها هذا علاوة على أن هذه الخاصية فى خطاب الضمان البنكى تجعله أكثر ملائمة للوظيفة التى أُنِيطَتْ به فى التجارة الدولية تطهره من الدفوع خاصة تلك المتعلقة بالبحث وراء السبب وتساعد على إستقراره وايجابيته والإطمئنان له وجعله اكثر فاعلية .

ثالثاً : التصرف القانونى والواقعة القانونية

أن الفارق بعيد فى فهم مصادر الإلتزام بين المدرستين الانجلوسكسونية - واللاتينية ويلزم أن نبحث عن أرضية مشتركة بينهما لهذه المصادرخاصة ولكلاهما جذوره رومانيه نهج أحداهما الاسلوب الاستقرائى والآخر الاسلوب الشمولى أو التقنين .

والتفريق بين مصادر الالتزام إنقسمت في القانون الرومانى القديم بين :

أ - مصادر الحق الشخصى : وهو العقد والجريمة

ب - مصادر الحق العينى : وهي الوزن الصوري والدعوى الصورية والتسليم

ولم يكن هناك مجال للتصرف القانونى الايرادى باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام الى أن تطور القانون الرومانى ووصل عهد جستنيان وساد مبدأ سلطان الإرادة وأصبح المصدر الأساسى للإلتزام.

وكذلك لم يكن هناك تحديدا واضحا للواقعة المادية التى يترتب عليها أثر قانونى سواء أكانت اختيارية أو طبيعية .

وإنما كان ثمة من خلط في مصادر الالتزام بين التصرف القانونى الارادى - والواقعة المادية ذات الاثر القانونى ، وقد تكون اختيارية ولكنها ليست ارادية مثل الفعل الضار والفعل غير المشروع - فالارادة هنا غير متجه لتقرير الإلتزام ، وأدى هذا الخلط الى خلط مشابه حتى الان في مصادر الإلتزام.

فالقانون الانجلو سكسونى مثلا يقيس على العقد وهو تصرف قانونى ارادي بما نسميه شبه العقد وهو واقعة مادية لادخل للارادة فيها ويفترض القانون وجود الارادة فيها فعقد التعويض - ومصدره قد يكون واقعة مادية بحته The Indimenity Contract

هو عقد الضمان من عقود الضمان أو التعويض أفترض فيه قيام الارادة ولم تتطهر القوانين اللاتينية من هذا الخلط بين التصرف القانونى الارادى والواقعة القانونية في المصادر التى حددتها الا أنها حوّرت فى مصادر الألتزام التى ورثتها عن القانون الرومانى وأصبحت تميز بين المسئولية الناجمة عن التصرف القانونى الارادى وتسميها عقدا وتلك الناجمة عن الواقعة القانونية الاختيارية وتسميها مسئولية تقصيرية وأما الناجمة عن الواقعة القانونية الطبيعية التى لادخل للإدارة فيها ويكون لها أثر قانونى فمصدر الالتزام فيها هو القانون .

وإستمر تعدد مصادر الالتزام فى المدرسة اللاتينية - بعيدا عن رد الالتزام الى مَصْدَرَيْه ، التصرف القانونى الارادى والواقعة القانونية ولم يتم - وربما حتى الان لم توضع نظرية متكاملة للتصرف القانونى والواقعة القانونية الاختياريه التى لم تَعْمَدْ الى إنشاء التزام والواقعة القانونية الطبيعية المادية .

الا أن هناك محاولة في المانيا فى هذا الخصوص فنظرية التصرف القانونى وجوهرها الارادة دشنها القانون المدني الالمانى في المواد من ١٦٦ الى ١٤٤ تحت عنوان اعلان الارادة

الا ان هذه القانون لم يضع نظرية عامة للواقعة القانونية - وإن بَلْوَرَ الفقه الالمانى الواقعة القانونية كمصدر للالتزام ومَيّزَ بين الواقعة القانونية الاختيارية والواقعة القانونية الطبيعية .

واصبح التصرف القانونى الارادى هو بذاته الارادة ومن تطبيقاته العقود الرضائية ومن تطبيقاته ايضا التصرفات القانونية الارادية التى قصدت الزام نفسها بارادتها المنفردة واصبحت الواقعة القانونية تغطى الجريمة - وشبة الجريمة وشبة العقد وما يسمى الفعل الضار والفعل غير المشروع .

فعقد التعويض فى القانونى الانجليزى الذى يعوض عما لحق من خسارة أو فات من كسب هو عقد مفترض لا وجود له وحقيقته واقعة قانونية اختيارية أو طبيعية - لا يلزم فيها الكتابة والمسئول عن الضرر مسئولا بنص القانون، وعقد الضمان هو التزام ارادى اى تصرف وليس واقعة قانونيه.

ولكن القانون الإنجليزي يرى التعويض بعض صور الضمان "The Indeminty Contract"

بإفتراض قيام عقد غير موجود فعلا لانه مازال يأخذ بالمصادر التقليدية للالتزام التي ورثها عن القانون الرومانى .

فالمسئولية التقصيرية في القانون الانجليزى لا ترد الى الواقعة القانونية إنما هي مسئولية عقدية ناتجة عن افتراض وجود عقد .

وهذا خلاف جوهري بين المدرستين يرتب آثاراً وتعبير التصرف القانونى استعمله (HOUG) لاول مره سنة ١٨٠٥ أخذا عن الباند كتن Pandkten ثم إستعمله الفقيه هيس (HEFS) سنة ١٩٠٧ وأصل التعبير رومانى . وكما اوضحنا سادت فكرة التصرف القانونى الارادى فى القانون الالمانى باعتبارها مصدرا أعم للإلتزام سواء فى القانون الخاص او الادارى .

فهى فى القانون الخاص تعبير عن الارادة بهدف أحداث نتيجة قانونية ولكنها ليست مجرد إعلان ارادة لان التصرف القانونى الارادى – هو بذاته الارادة – فالتصرف القانونى ركنه الارادة – هو واقعة ايراديه عمدت إلى أحدث آثارا قانونية وفقا لما عبرت عنه الارادة الواحدة او التقاء الارادتين .

والتصرف القانونى الارادى فى نطاق القانون الادارى يعبر عنه بالقرار.

ان رد الالتزام الى مصدرين – على ما اوضحناه – يساعد على فهم القوانين المختلفة التى تأخذ بتعدد المصادر فى تقسيميات مختلفة – خاصة تلك التي تفترض قيام « شبه العقد » كمصدر للالتزام وتتداخل فيها المصادر الارادية العامده الي إحداث أثر قانونى والمصادر غير الارادية العامدة الى احداث فعل والتى سميناها إختياريه (الفعل الضار والعمل غير مشروع) (الجريمة وشبه الجريمة) وجميعها وقائع قانونية اختيارية لم يقصد مرتكبها انشاء ألالتزام وإنما يقرر الالتزام فيها القانون . كذلك بالنسبة للواقعة القانونية الطبيعية.

رابعاً : محاولات رد خطاب الضمان البنكى الى قواعد كلية شمولية فى القانون

مقدمة

هذه المحاولات تقوم اساسا فى المدرسة اللاتينية – الشمولية المنهج – أو مدرسة التقنين .. أما المدرسة الانجلوسكسونية الاستقرائية المنهج والتى تجعل من السوابق القضائية قانونا

عاما – واجب الاتباع – فهى لاتغرق فى هذا النقاش .

فالمدرستان وان التقت جذورهما في القانون الرومانى الا أن الاولى ذهبت بعيدا في وضع القواعد الكلية (التقنين) وأما الثانية فلم تقطع الحبل السُرى بينها وبين جذورها باعتبار ان القانون الرومانى كان قانونا استقرائيا شخصيا يعالج حالات فردية .

وعلى اى حال فمحاولت التكييف القانونى لخطاب الضمان تناولته المدرستان .

وأللذين يتلمسون تأصيلا قانونيا لخطاب الضمان البنكى – ويصرون على رد كل التصرفات والنظم القانونية الى قواعد كلية انما يعتبرون العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان هى التى أنشأته فهم مازالوا يتعلقون بنظرية السبب ، دون النظر الى أن خطاب الضمان هو تصرف قانونى مجرد عن السبب وليس عقدا حتي يرد او يخرج من نظم تعاقديه ، وحتى عقد الضمان التقليدى ، خطاب الضمان ليس منه ولا يرد اليه انعقادا واثارا .

وقد إختلفوا .. فمن نظر الى نظام خطاب الضمان البنكى على أنه ضمان رده الى الكفالة، ومن نظر اليه من ناحية الآمر والبنك والمستفيد قال أنه انابه قاصرة او حلول ..

ومن أدركوا أنه يقوم بين البنك والمستفيد في علاقة مستقلة عن العلاقتين الآخريين ويقوم بارادة البنك وحدة ، عَدُّوه التزاما بالارادة المنفردة ، والذين نظروا اليه باعتباره نتيجة لعقد الخدمة المصرفية بين الآمر والبنك ، قالوا، هو اشتراط لمصلحة الغير.

وخطاب الضمان البنكي ليس هذا ولا ذاك ، ولا ذيّاك ، فالعلاقات المحيطة به لا تزيد عن كونها مناسبة لصدوره وهو مستقل عنها تماما ومنفصل عنها ، هذا علاوة على أنه ليس علاقة تعاقدية ، فخطاب الضمان ليس عقدا ، أضف الى ذلك أنه مجرد عن السبب

وليس من الضرورى ان تكون كل التصرفات القانونيةوالعلاقات الناجمة عنها ، او تلك الناجمة عن الواقعة القانونية الاختيارية او القهرية ، ليس من الضرورى ، ان تكون هذه العلاقات يمكن ربطها ببعضها وردها الى اصل واحد .

وقد نشأ خطاب الضمان البنكى أساسا من الحاجة والعرف البنكى الدولى ، ولا شك انه تَشَابَه مع تصرفات سابقة على وجوده ، ولكن ، لا شبهة ايضا بأنه ثمرة جديدة أملتها حاجة التجارة الدولية واجتهادات البنوك ، والمحامون الدوليون ، ورجال الأعمال ، وأسهم فى استقراره احكام القضاء ثم دشنته المنظمات الدولية ، وبعد ذلك قررته اللوائح والقوانين .

فنظام خطاب الضمان البنكى ذو طبيعة خاصة فى صدوره ، والالتزام به وأثاره وإنقضائه.

جوهر نظام خطاب الضمان البنكى ومفهومه الدولى واحد ، وان كان هناك بعض الخلافات المكانية في الممارسات العملية والتطبيقات القانونية ، وتحاول المنظمات والمؤسسات القانونية الدولية معالجة ذلك بوضع صياغة موحدة لقواعد خطاب الضمان البنكى .

والمحاولات الفقهية الهادفة لربط نظام خطاب الضمان البنكى بالنظم والعقود السابقة على وجوده باعتباره إشتقاق منها ، هذه المحاولات ، تؤثر على وظيفة خطاب الضمان البنكى وتعوّقه عن اداء الخدمة التجارية الدولية المناطة به .

وإذا قلنا ان خطاب الضمان البنكى ، هو ضمان ، فذلك فقط فى حدود ان الضمان اسم جنس وخطاب الضمان البنكى اسم نوع مستقل عنه بذاته ، وكما ان الحيوان اسم جنس والانسان نوع منه ، كذلك خطاب الضمان نوع آخر من الضمانات فليس كفالة ولا اشتراط لمصلحة الغير ولا إنابة قاصرة ، ولا التزام بالارادة المنفردة ولاحلول وإنما هو : «تصرف قانونى جديد ونظام قانونى قائم بذاته له سماته ومكوناته وآثاره وأسلوبه المنفرد فى الإنعقاد والآثار والانقضاء» .

ان محاولات رد نظام خطاب الضمان الى نظم قانونية سابقة عليه باعتباره متفرعا عنها هو على أشده في المدرسة الشموليه التى تأخذ بالتقنين متأثرة بالرضائية والسببية وفكرة العدالة، والمدرسة الانجلوسكسونية ، كما أسلفنا أقل إغراقا فى هذا الموضوع فهى مازالت أساسا مدرسة استقرائية لا تصر على ضرورة وجود قاعدة شاملة ينبثق عنها نظام قانونى معين فالتصرفات أساسا احكام شخصية ذاتية خاصة بكل حالة ، تعممها الاحكام على الحالات

المشابهة وتسمى (القانون العام) قابلة للتطويع والتغيير من خلال الاحكام أيضا بتطور المجتمع واختلاف الزمان والمكان والعادات والعرف ، وإن كانت هذه المدرسة تلجأ الى التقنين.

ومحاولات التكييف القانونى لنظام خطاب الضمان كما هو في المفهوم الدولى ، إنما هى اساسا إجتهاد من الفقهاء الذين يرون رد نظام خطاب الضمان البنكى الى نص قانونى معين ولا يسلمون بانه إبداع جديد كل الجدة لا يلتقى بأى نظام قانونى سابق عليه .

وبعض احكام القضاء تشيعت لنظرة الفقهاء فى ذلك ونتتبع الان هذه المحاولات .

خطاب الضمان البنكى ليس كفالة

١ – لا يمكن أن يكون عقد الكفالة اساسا قانونيا يرد اليه نظام خطاب الضمان البنكي ، فأحكام الكفالة لا تتفق مع أحكام خطاب الضمان البنكى ، هذا مع الإختلاف فى الإنعقاد فالكفالة عقد تلاقت فيه ارادتين وخطاب الضمان تصرف قانونى بارادة منفردة التزام شخصى قِبَلْ المستفيد لاتربطه بالملتزم البنك أى علاقة سابقة وليس لارادته أى دور فى قيام خطاب الضمان البنكى فى ذمة البنك ، وهو ايضا لا يلتزم قبل البنك بأى التزام ، ويقوم خطاب الضمان دون موافقة المستفيد وحتى بالرغم من رفضة منتجا لآثاره الى ان ينتهى أجله .

ولعقد الكفالة سبب يدور معه وجودا وعدما ونبحث فيه عن السبب الحقيقى ولا تقف عند السبب الظاهر أو المفترض ، وأما خطاب الضمان البنكى فهو مجرد عن السبب بالمفهوم الذى اسلفناه .

٢ – وبالرغم من كل ذلك ، تنظر بعض البلاد ومنها فرنسا الى خطاب الضمان البنكى

باعتباره نوعا خاصا من الكفالة التجارية او الضمان ، وتحور في مفهوم هذا النوع الخاص من الكفالة التجارية او الضمان لتُطَوِّعَها لاحكام خطاب الضمان ، علما بأن اى عمل فى مجال التجارة تقوم به البنوك هو عمل تجارى .

٣ - والقول بأن خطاب الضمان البنكى هو عقد كفالة يصدر فيه الايجاب عن البنك والقبول من المستفيد ، صراحة او ضمنا ، تنقصة الدقة، لان خطاب الضمان يقوم فور صدوره من البنك وليس مرهونا بقبول المستفيد أو رفضه ويبقى قائما منتجا لآثاره بمجرد صدوره عن البنك طوال أجله حتى مع رفض المستفيد له فإرادته غير ذات اعتبارا ولاتهم فى قيامه.

٤ - اما أن الكفاله تقوم دون علم المكفول او حتى بالرغم من معارضته ، فالوفاء بالدين من غير المدين جائز طالما قبله الدائن ، فهذا قياس مع الفارق فيه مغالطه منطقية فخطاب الضمان يقوم بالرغم من معارضة او علم الدائن ، اما الكفالة فتقوم بالرغم من معارضة او علم المدين .

٥ - الكفالة يُمد أجلها باتفاق الكفيل و الدائن بالرغم من معارضة المكفول المدين فلا يقاس ذلك على تجديد خطاب الضمان بارادة البنك وحده ونوضح فيما بعد أن خطاب الضمان لا يُمدّ وإنما ما يقال عنه أنه مَدّ لخطاب الضمان البنكى هو تجديد له والكفالة بمد اجلها لانها عقد بين الكفيل والدائن أو بين الكفيل والمدين مع قبول الدائن بها فى بعض الأحيان او بين الثلاثة .

٦ - الكتابه فى الكفالة وسيلة اثبات لعقد الكفالة ويلزم فيها قبول المستفيد وان لم تُشترط الكاتبه لاثبات قبول المستفيد عند الصرف .

أما ورقة خطاب الضمان فهى بذاتها الضمان فهى تنشؤه ولا يَلْزم فيه قبول المستفيد لانه ليس عقدا وإنما التزاما شخصيا بارادة البنك يجوز صرف المستفيد له حتى إذا فقد الصك

الموجود لديه فأصله ثابت فى دفاتر البنك ولا يمكن تصور وجود خطاب الضمان البنكى بدون صك مكتوب فى دفاتره البنك وليس خطاب الضمان البنكى بأى صوره عقد بين البنك والمستفيد ، فذلك يهدم تماما طبيعته الخاصة والنظر اليه علي أنه مجرد عن السبب وصادر بارادة البنك وحده وملزم بقوة القانون.

٧ - والبنك لا يمكنه أبداً إبطال خطاب الضمان الصادر عنه اذا لم يكن اصلا منعدما للتزوير البين والغش الفاضح من المستفيد ، ولا يمكنه التمسك بعيوب الإرادة او تزوير موظفيه او تواطوء الموظفين مع الآمر ما دام موقعا من صاحب حق التوقيع وصادر عن البنك ومقيد فى دفاتره، وليس ذلك كذلك في الكفالة .

٨ - وفي خطاب الضمان المقابل ليس البنك المحلى كفيل للبنك الاجنبى ذلك انه اذا صدر خطاب الضمان للبنك المحلي من البنك الأجنبى وكان حق المستفيد فى مواجهة البنك المحلى فأنه فى هذه الحالة تكون العلاقتين ، البنك المحلى والبنك الاجنبى ، والبنك المحلى والمستفيد ، علاقتين منفصلتين تماما يحكم كل منها خطاب الضمان الخاص بها وليس أحدهما كفيلا للآخر .

اما اذا كان خطاب الضمان صادر مباشر من البنك الاجنبى للمستفيد المحلى فليس هناك اى كفاله من البنك المحلى لبنك الاجنبى حتى اذا عزز البنك المحلى هذا الضمان الوارد ايه من البنك الاجنبى يكون للمستفيد مدينين يرجع عليهما أو احدهما ، اما علاقة البنكين فينظمها خطاب الضمان الصادر من البنك الاجنبى للبنك المحلى ، وهى علاقة منفصلة وبعيده عن المستفيد ومقررة اصلا بالاتفاق السابق بينهما بتبادل الخدمات المصرفيه .

٩ - والقول بأن خطاب الضمان البنكى هو نوع خاص من الكفالة التجارية او الكفاله التضامنية او الكفالة البنكية ، هو محاولة للتقريب أو ألتلفيق تؤدى الى الغاء خطاب الضمان البنكى بطبيعته المتميزة واستقلاله المطلق وتهدر وظيفته في التجارة الدولية لأن

هذا التكييف معناه ان ابراء المستفيد لذمة البنك صراحة أوضمنا ينهى خطاب الضمان وذلك ليس كذلك فى احكام خطاب الضمان لان ذلك ضد طبيعته والدور الذى يقوم به فى التجارة الدولية ومعني ذلك أن ابراء المستفيد للآمر ينهى خطاب الضمان وهذا خلط بين العلاقات المستقلة و غير صحيح .

وكلها اقحام إرادة غريبة عن الارادة التى أقامت خطاب الضمان ليكون لها أثر في إنهائه وهى التي لم تسهم اصلا في قيامه ، ونحن لسنا بصدد عقد وإنما تصرف قانونى مجرد عن السبب بارادة البنك وحده .

١٠- يسمح هذا التكييف بتنصل البنك من خطاب الضمان ويعطيه الحق ان يدفع عند طلب المستفيد الصرف بأنه كان سببا فى اضعاف تأميناته قبل الامر وأن استحالة رجوعه على العميل انما يرجع لسبب صادر عنه وهذا خلط آخر للعلاقات والغاء لخطاب الضمان ووظيفته يربط بين دين الآمر والتزام البنك قبل المستفيد .

١١- والنظر الى خطاب الضمان البنكى على أنه كفالة يترتب عليه أن يكون للبنك كافة دفوع الآمر قبل المستفيد ، علاوة على دفوع البنك ، وذلك بالنسبة لانعقاده وسريانه ، وإنقضائه.

وهذا النظر الى خطاب الضمان البنكى يعتبره عقدا، وهو ليس كذلك فهو لا يولد التزامات متقابلة بين المستفيد والبنك ، وهو المجرد من السبب المطهر من الدفوع .. ويخلط بين العلاقات المحيطة بخطاب الضمان البنكى، وهي المنفصلة عنه، وهو مستقل عنها، وهذا اهدار لنظام خطاب الضمان كله

١٢- وفى الكفالة يرجع الكفيل بعد الوفاء للمستفيد على المكفول المدين ، بدعوى الحلول او الاثراء عندما تكون الكفالة قد عقدت بالرغم من معارضة المدين او مُدّ اجلها دون موافقته.

ويشترط في هذه الحالة افتقار الكفيل وثراء المكفول المدين ، فقد يكون سبق للمكفول ان دفع جزء من الدين أو أن الدين إنقضى بالتقادم او السقوط أو لأى سبب آخر أو أنه قد عقد اصلا باطلا ويرجع الكفيل على المكفول طبقا لعقد الكفالة وشروطه .

١٣- ويرجع الكفيل ايضا على المكفول بدعوى الحلول فى حالة افلاس المكفول المدين او إعساره او اتفاقه مع الكفيل على اسقاط التزام الكفيل قبل اجل الوفاء . ومع هذا قام الكفيل ، بالدفع للمستفيد الدائن مخالفا اتفاقه والرجوع بدعوى الحلول يلزم فيه أن يكون الحال قد اوفى من ماله وليس من مال المدين لديه او على حسابه المكشوف ، ويتمتع الحَالْ بجميع وأجه دفاع ودفوع الدائن . ولاشيء من هذا فى خطاب الضمان البنكى.

١٤- وفى مصر لا يجوز الرجوع على المكفول ، الذى عارض قيام الكفالة ، الا بعد حلول الدين ووفاء الكفيل للدائن بعد اخطار المدين بشرط ألا يكون الدين باطلا اصلا او انقضى لأى سبب ، وهنا الرجوع بدعوى الاثراء يلزم فيه ، بعد اخطار المدين من الكفيل اعطائه فرصة معقولة للرد.

١٥- وكل هذا بعيد كل البعد عن خطاب الضمان البنكى ، فالبنك يدفع دينا عليه هو مباشرة للمستفيد شخصيا ، ليس للآمر أى علاقة به ولم يشترك فى تقريره وقيامه ، وهو ليس نتيجة عقد وإنما هو تصرف مجرد عن السبب بارادة البنك ، وعلاقة البنك تُرَدْ فقط الى عقد الخدمة المصرفية بينهما المنفصلة عن خطاب الضمان ذاته .

١٦- وهذه الاحكام في رجوع الكفيل بعيدة كل البعد عن خطاب الضمان ، فكرة رجوع البنك بما يدفعه اعمالا لخطاب الضمان البنكى منعدمة تماما لانه يدفع دينا عليه تقرر فى ذمته مباشرة .

وهذا جوهر خطاب الضمان البنكى واهم مبررات وجوده فى التجارة الدولية وربطه بالكفالة واحكامها يهدره تماما .

١٧- والبنك لا يعود بخطاب الضمان على الآمر . والبنك لا يحل محل المستفيد في أى حق له قبل الآمر ولا يخلط نفسه بهذه العلاقة .

والبنك لا يفتقر بقيمة خطاب الضمان لانه دين عليه والمستفيد لا يغتنى من قبض قيمة خطاب الضمان لانه حق شخصى مقرر له وآلآمر لا يثرى بقبض المستفيد لخطاب الضمان من حساب البنك .

١٨- ويَجُرْ البنك لاقحام نفسه على علاقة الآمر بالمستفيد وتوريطه فى العملية التجارية الاصلية ولا يكفى القول بأن خطاب الضمان البنكى كفاله من نوع خاص لا يلزم فيها ان يكون المبلغ الذى دفعه البنك للمستفيد يزيد عن التزام الآمر وان هذه الكفالة الخاصة تعفى البنك من بحث ميعاد استحقاق دين الآمر للمستفيد. - فهذا التلفيق قصير النظر ينظر الى ترقيع ناحية واحدة ويهدر الاساس الشامل لخطاب الضمان البنكى ، وهذا التلفيق يؤدى الى خروق أكثر إتساعا .

١٩- بقي أن نقول أن الكفالة تُزاولها أحيانا البنوك فى التجارة الدولية سواء أكانت كفالة تضامنية او عادية تقوم نظاما مستقلا له خصائصه العقدية ، مختلفة تماما عن خطاب الضمان انعقادا وأحكاما .

فكيف يمكن القول ، والبنوك تتعاطى اعمال الكفالة بكافة مُسَمّيَاتها وكذلك اعمال الضمانات العادية ، ان هذا أو تلك هى بذلتها خطاب الضمان البنكى وذلك بالرغم من اختلافها ، انعقادا، ووجودا وآثارا مع اختلاف اهدافها واغراضها ومهماتها فى تأمين التجارة الدولية وتَيْسَرها .

خطاب الضمان البنكي اذن ليس كفالة وإنما هو نظام قانونى مستقل بذاته وله طبيعته الخاصة .

مقارنـــــــة

م	خطاب الضمان البنكي	م	الكفالــــــــة
١	تصرف قانون بارادة منفردة يلزم فقط من اصدره .	١	عقد تم بتلاقى ارادتين فيه من التزامات متبادله .
٢	مجرد عن السبب	٢	له سبب بكل ما يترتب على ذلك اثار .
٣	يقوم بالرغم من معارضة أو عدم علم المستفيد الدائن .	٣	تقوم احيانا بالرغم من معارضة او علم المدين .
٤	يجدد ولا يمد بارادة البنك وحده .	٤	تمد باتفاق اطرافها بالرغم من معارضة المدين.
٥	الكتابة فى خطاب الضمان في دفاتر البنك وصكه ركن وجود لخطاب الضمان وليس مجرد وسيلة إثبات فلا يقوم خطاب الضمان شفاهة.	٥	الكتابة وسيلة اثبات وليست شرطاً فى قيام الكفالة التى تنعقد بالتقاء الايجاب والقبول .
٦	يمكن صرف خطاب الضمان من المستفيد دون وجود صكه معه فأصله ثابت في دفاتر البنك.	٦	قد يصرف المكفول فيه الكفالة التى ابرامها دون تقديم ورقة مكتوبه فالعبرة بقبوله للكفالة لإنعقادها .
٧	لا يستطيع البنك ابطال خطاب الضمان صادر عنه اذ لم يكن اصلا منعدما أو مزورا تزويرا فاضحا بتواطؤ المستفيد طالما انه صدر شكلا صحيحا موقعا من صاحب الحق فى ذلك ومقيَداً فى دفاتر البنك حتى لو كان سهلوا اصداره موظفوه لتواطؤهم مع الآمر .	٧	يستطيع الكفيل التنصل من الكفالة لعيوب الرضا او إنعدام السبب أو خلافة وكذلك يملك دفاع ودفوع المدين الذى يوفى عنه .

م	خطاب الضمان البنكي	م	الكفالـــــــــة
٨	ابراء المستفيد البنك من قيمة خطاب الضمان لا ينهيه ويستمر قائما لينتهى فى اجله.	٨	ابراء الدائن للكفيل ينهى عقد الكفالة.
٩	لا يملك البنك اى دفـاع او دفـوع فى مواجهة المستفيد تسمح له بالتنصل من خطاب الضمان الا للغش والتزوير البين المساهم فيه المستفيد أو انعدام وجود خطاب الضمان اصلا .	٩	يملك الكفيل الدفوع المقررة له فى عقد الكفالة وكذلك دفاع ودفوع المدين قبل الدائن المكفول ويحل محل الدائن المدين بعد الوفاء.
١٠	رجوع البنك على الآمر يكون بناء عن عقد الخدمة البنكية بينهما وليس نابعا من خطاب الضمان ذاته وهما علاقتين منفصلتين .	١٠	يرجع الكفيل على المكفول طبقا لعقد الكفالة أو بدعوى الحلول أو دعوى الاثراء حسب الاحوال .
١١	ليس ما أوفى به البنك للمستفيد دينا له على الآمر وإنما هو دينا عليه مباشر للمستفيد ومستقل فدين البنك ليس هو دين الآمر ولا رابطة بينهما .	١١	دين الكفيل هو بذاته دين المكفول ويدفعه الكفيل عنه .
١٢	المستفيد لا يرجع بخطاب الضمان الا على البنك ذاته المصدر له دون سواء .	١٢	المكفول يرجع على الكفيل او المدين لوحده المحل .
١٣	لا يلزم اخطار الآمر من البنك قبل الصرف كقاعدة .	١٣	يلزم اخطار المدين قبل وفاء الكفيل كقاعدة (م٧٩٨ مدني) وإلا ترتب على ذلك اثاراً.
١٤	خطاب الضمان البنكى مجرد من السبب.	١٤	الكفالة ليست مجردة من السبب.

فخطاب الضمان البنكى في طبيعته وأحكامه – انعقادا وآثارا وإنتهاءً يختلف اختلافا كاملا عن الكفالة ، فهو نظام قانونى قائم بذاته – والتشابه ليس تطابق فشبيه الشخص ليس هو ذات الشخص .

خطاب الضمان
البنكى ليس إنابه قاصرة

الإنابة الكاملة هى حلول شخصى محل شخص آخر للوفاء بدين عليه لشخص ثالث مع ابراء المدين الاصلى . والانابة القاصرة هي انضمام شخص ثالث الي المدين فى التزام بوفاء دين الدائن يصبح وله مدينين .

وليس خطاب الضمان البنكي احدهما لان البنك يدفع بمقتضاه دينا عليه هو لمستفيد معين بالذات ودين الآمر للمستفيد هو دين اخر ، ودين البنك علي الآمر هو دين آخر بعقد آخر ، والعلاقات مستقلة ومنفصلة.

واذا جاز ان تكون الانابة القاصرة مجردة عن السبب أو أنها تمتد كما يتجدد خطاب الضمان. – فليس هذا التوافق اتفاق أو وحدة فى النظامين ، وإمتداد الانابة قاصرة فقط على علاقة المناب بالمنيب (المدين الجديد بالمدين الاصلى) المادة ٣٦١ مدنى مصر ، اما علاقة المنيب بالمناب اليه (المدين الاصلي بالدائن او المستفيد) فلا يطولها الامتداد .

وخطاب الضمان البنكي يجدد ولا يمد . – واعتبار خطاب الضمان البنكى انابة قاصرة يؤدى الى :

١- اهدار وظيفة خطاب الضمان البنكى فى تأمين التجارة الدولية.

٢- عدم إقدام البنوك على اصدار خطاب الضمان لأن البنك سوف يرجع علي عميله ، ليس على اساس عقد الخدمة المصرفيه بينهما ، ولكن بمقتضى قواعد الانابة القاصرة .

فاذا عاد تأسيسا علي قواعد الوكالة فلن تتوافر له السرعة والدقة التى تستلزمها اعمال البنوك .

واذا رجع على اساس قواعد الفضالة يكون عليه ان يثبت ان مادفعه كان ضروريا ولا يكفى ان يكون نافعا .

واذا رجع على اساس قواعد الاثراء ، اذا توافرت شروطها ، يواجه البنك مخاطر الا يتقاضى الا أقل القيمتين ، بقدر ما افتقر البنك ، أو بقدر ما أثرى العميل على حساب البنك.

٣- وهذا يدخل البنك فى علاقة العميل بالمستفيد الآمر الذى جاء خطاب الضمان لتوقيه وابعاد البنك عن مخاطره .

٤- خطاب الضمان بسيط وواضح وسريع في رجوع البنك ، محسوبة مخاطرة ، على البنك له غطاء نقدى أو عينى ..

مقارنـــــة

م	خطاب الضمان البنكي	م	الإنابة القاصرة
١	يصدر بارادة البنك وحدة وليس عقدا .	١	عقد طرفيه النائب والمنيب والمناب اليه .
٢	لا يستطيع المستفيد مطالبة الآمر بمقتضاه.	٢	يستطيع المناب المستفيد مطالبة المنيب .
٣	البنك يدفع دين عليه هو وليس دين ألآمر.	٣	ألنائب يدفع عن المنيب ذات الدين أى وحْدَه المحل فى عقدىّ المنيب والنائب ، والمنيب والمناب اليه " المستفيد "
٤	الكتابة ركن لقيام خطاب الضمان فلا يصدر خطاب الضمان شفاهة .	٤	الكتابةوسيلة اثبات لعقد الانابه القاصرة. للانابه القاصرة سببا أصلا .
٥	خطاب الضمان مجرد عن السبب.	٥	(مادة ٣٦١ مدنى)

م	خطاب الضمان البنكي	م	الإنابة القاصرة
٦	خطاب الضمان التزام فوري مصدره الوحيد صكة مستقل عن علاقة الآمر بالبنك .	٦	الانابة القاصرة التزام تعهدي وليس فوري وللمنيب دفاع ودفوع المدين الاصلي النابعه من عقد الدين .
٧	لا يعود البنك بما يدفعه للمستفيد على الآمر .	٧	يعود النائب بما يدفع عن المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الاثراء .

فالانابة القاصرة لا تصلح لتفسير خطاب الضمان البنكى فهو نظام قانونى آخر .

خطاب الضمان البنكى
ليس من سندات الإئتمان

سندات الإئتمان هى الاوراق التجارية القابلة للتداول بالتظهير والحائز للورقة المثبتة للحق،يكون صاحبه ، وذلك تأسيسا علي ان الورقة تقتضى ملكية الحق الثابت فيها وليس لان الحق مندمجا فى الورقة فقد لا يكون كذلك فهو يبقى بعد هلاك الورقة المثبتة له او تلفها او ضياعها ويستحق الحائز الاخير قبض قيمة السند من المدين وذلك بشروط هي : -

١- ان تكون حيازته مشروعة .

٢- ان يكون حسن النية.

٣-ان يكون حيازته بسبب صحيح .

٤- ان يكون الحائز هو المالك للحق الثابت بالورقة .

٥- ان يكون المدين المذكور في السند أهلية الوفاء .

٦- ان يكون للدائن اهلية الاقتضاء .

٧- يلزم ان يسعى الدائن بالسند الى المدين ويعطيه له مقابل الوفاء به ، فالحق وان لم يكن مندمجا فى السند الا أنه مرتبط به فاذا لم يتم ذلك كان للمدين الحق فى الامتناع عن الوفاء .

٨- وفى حالة هلاك السند او ضياعه وتقدم الحامل الاخير قبل هلاك السند او ضياعه للمدين طالبا الوفاء ، فاذا تيقن المدين انه صاحب الحق فيه وان حيازته له قبل هلاكه او ضياعه كانت مشروعة ويقتضى ذلك عليه مَعْرِفَته بسلسلة التظهيرات ونوعها وطبيعتها وتمام تحول الحق فيها فيمكن ان يدفع للمدين تحت مسئوليته ، فاذا ظهر حائز شرعي آخر كان عليه ان يدفع مرة أخرى طبقا للمبدأ القائل **(من يدفع خطأ يدفع مرتين)**

اما السند المدني فالحق فيه شخصى فلا ضرورة لوجودة بيد الدائن عند المطالبة بالوفاء ، فهر غير قابل للتداول ، فاذا سرق او ضاع فالحق الثابت فيه لا ينقل لحامله سواء أكان السند اسمي او عادى .

اما السند لحامله فصاحب الحق الثابت فيه هو حامله والحائز له ، والسند الاسمى يلزم ان تتم حيازته بتحويله دون معارضة من الحامل الاصلى ويثبت ذلك فى دفاتر المدين وسجلاته

مقارنـــــــة

م	خطاب الضمان البنكي	م	سندات الائتمان
١	سنده منشئ للحق فى ذمة البنك	١	سنده كاشف عن الحق فى ذمة المسحوب عليه .
٢	يصدره المدين به .	٢	يسحبه الدائن ويقبله المدين .
٣	لا يشترط تقديم السند عند الصرف.	٣	يلزم تقديم السند عند الصرف .
٤	الحق غير مندمج فى السند.	٤	الحق غـيـــر مندمج في السند ولكنه مرتبط به .

م	خطاب الضمان البنكي	م	سندات الائتمان
٥	كاف بذاته ونصة ، وهو مناط وحدود التزام البنك .	٥	حامل السند المظهر اليه حقه شخصى ، مستقلا عن حق الحامل السابق وغير مرتبط به ومرتبط فقط بالحق الثابت فى السند ، وليس للمدين اى دفاع مستمد من مصادر خارجة عن نص السند ذاته لارتباط الحق بالسند .
٦	غير قابل للتداول .	٦	غير قابل للتداول.
٧	مجرد عن السبب .	٧	مجرد عن السبب .
٨	ينطوى على حق واحد شخصى .	٨	تتعدد الحقوق والالتزامات فيها للمظهرين عند الرجوع وكل حق مستقل عن الآخر مرتبط فقط بالحق الوارد في السند .

وهذه الفروق بين النظامين تجعل إحداهما شيئا آخر بخلاف الثانى .

وسندات الإئتمان تستعملها البنوك فى تأمين التجارة الدولية الى جوار خطابات الضمان باعتبارهما نظامين مختلفين ليس احداهما هو الاخر او يمكن رده اليه لاختلافهما جوهريا .

خطاب الضمان البنكى
ليس التزاما بالارادة المنفردة

١ – لم تعد الاراده المنفردة في القانون المصرى وكذلك الفرنسى مصدرا من مصادر الالتزام الا فى الحالات التى نص عليها القانون ، وفى هذه الحالات يرد الالتزام الى نص القانون

الذى سمح بها ، لان الارادة المنفردة ليست مصدرا عاما للالتزام قادرة ان تلزم نفسها ، فالتعهد المنفرد ذاته لاقدره له على انشاء التزام فى ذمة من تعهد به الا اذا كان هناك نص في القانون يعطى مثل هذا التعهد قوته الالزامية اما القانون الالمانى فيعتبر الارادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام.

٢ – وأى التزام بالإدارة المنفردة يلزم ان يكون له سببا خاصةً فى مصر طبقا لنص المادة ٣٧٣ مدنى . – فاذا كان ذلك ، اذن ، مستحيل ان تكون الارادة المنفردة مصدرا لخطاب الضمان لانه مجرد عن السبب .

٣ – وفى الالتزام بالارادة المنفردة يمكن للملتزم ان يمتنع عن الصرف للمستفيد لعيب فى ارادته . – وهذا مستحيل في خطاب الضمان البنكى فلا يستطيع البنك أن يمتنع عن الصرف للمستفيد بحجة وجود عيب فى ارادته او ارادة عميله.

٤ – وفي الالتزام بالارادة المنفردة ليس من الضرورى ان يكون موجها لشخص معين بالذات اما فى خطاب الضمان البنكى فيلزم ان يكون ، ومن تاريخ صدوره ، موجها لشخص بالذات ، والخطأ في شخص المستفيد يعدم خطاب الضمان .

٥ – والالتزام بالارادة المنفردة ، فى القوانين التى تجعلها مصدرا عاما للالتزام ، قد تصحح عقدا كالاجازة أو تنهى عقدا كالوكالة او تنشئ التزاما شخصيا في ذمة مصدرها بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل أو تسلم بضاعة أو خلاف ذلك .

وفي خطاب الضمان البنكي يكون التزام البنك دائما بمبلغ من النقود لشخص معين بالذات.

٦ – فى الالتزام بالارادة المنفردة ، كتصرف قانونى انفرادى يلزم موافقة المستفيد ، ليقوم الالتزام فى ذمة مصدره بأثر رجعى من تاريخ صدوره .

ويقوم خطاب الضمان البنكى بمجرد صدوره عن البنك وخروج صكة من حيازته وتسجيله فى دفاتر ، فهو قائم ملزم للبنك من تاريخ انشائه قبله أو رفضه ألمستفيد ، صدر ليبق طوال

أجله ، وصرف المستفيد له فى أجله هو اثر من اثاره وليس سببا في انعقاد ولا يقع على المستفيد فى خطاب الضمان البنكى اى التزام قبل البنك لاوقت صدوره أو فى فترة سريانة أو بعد صرفة .

٧- لا يستطيع البنك ان يُعْدِلْ عن التزامه بخطاب الضمان بمجرد صدوره عنه فالتزامه به نهائى لا رجعة فيه لأى سبب كان ، وليس ذلك دائما هو حالة الالتزام بالارادة المنفردة .

٨- لا يمكن ان يكون هناك وعدا باصدار خطاب ضمان بنكى فلا يجوز أن يعد البنك به ولا يُلْزِمُهْ مثل هذا الوعد وهذا يؤكد انه ليس التزاما بالارادة المنفردة التى يمكن ان تتجه الى وعد بالتعاقد .

٩- ثبوت خطاب الضمان البنكى فى دفاتر البنك كتابة هى ركن وجود وليست وسيلة اثبات وصياغته حرفية ونصة جامع مانع كاف بذاته وان كان الحق فيه غير مندمج فى سنده لذلك يجوز صرفة اذا فقدت أو ضاعت ورقته من المستفيد ، فهو ثابت فى دفاتر البنك .

والالتزام بالارادة المنفردة الكتابة فيه وسيلة اثبات وليست ركن وجود .

فلا معني اذن أن نتحدث عن الارادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام قادرة على إنشائة واعطائه قوته الالزامية وذلك فى القانونين المصرى والفرنسى ، وانما الذى يعطى القوة ألإلزامية لما يصدر عن الارادة المنفردة هو القانون الذى يسمح لها نصا أن تلتزم فى حالات معينة نص عليها مع اختلاف القانون الالمانى فى ذلك .

اما القول بأن الارادة قادرة على الزام نفسها بدليل الالتزام الماثل فى الكمبيالة والسند لحامله ، فهذا القول يغفل أن العرف التجارى ، والممارسات التجارية هى التى انشأت الالتزام فى الكمبيالة والسند لحامله وكذلك القانون الذى ينظمها وحتى القانون الالمانى تقرر المادة ٧٩٤ التزام ساحب السند .

فخطاب الضمان البنكى ، اذن ، يستمد قوته الالزامية من العرف الدولى والقانون فالبنك لا يلزم نفسه ، ولا تصلح الارادة المنفردة ان تكون وحدها مصدر الالتزام بخطاب الضمان البنكى .

م	خطاب الضمان البنكي	م	الارادة المنفردة
١	ارادة البنك بذاتها لا تنشئ الالتزام وانما تعبر عن رغبتها ويقرر القانون الالتزام.	١	لم تعد مصدرا لالتزام فى مصر وفرنسا دون المانيا .
٢	مجرد عن السبب .	٢	يلزم ان يكون لها سببا.
٣	يستحيل أن يمتنع البنك عن الصرف لعيب فى ارادته .	٣	يمكن امتناع الملتزم بارادته عن الوفاء لعيب في ارادته .
٤	يلزم ان يكون موجها لشخص معين .	٤	ليس من الضرورى ان تكون لشخص معين .
٥	محل الالتزام فيه دائما مبلغ معين من النقود .	٥	يتعدد فيها المحل فقد ترد علي تصحيح عقد وكالة أو قيام أو امتناع عن عمل أو تسليم بضاعة أو خلافه .
٦	لا يلزم له موافقة المستفيد أو رفضه له.	٦	تلزم موافقة المستفيد ليقوم الالتزام بأثر رجعى من تاريخ صدوره وعدم الموافقة تنهى الالتزام.
٧	لا يستطيع البنك العدول عنه بعد اصداره .	٧	يستطيع الملتزم بارادته المنفردة العدول عن التزامه قبل المستفيد .
٨	لا وعد فى خطاب الضمان والبنك غير ملتزم بالوعد .	٨	يصح بالارادة المنفردة الوعد بالالتزام أو الوعد بالعقد .
٩	الكتابة ركن وجود .	٩	الكتابة وسيلة اثبات .

خطاب الضمان البنكى
ليس اشتراطا لمصلحة الغير

١ - الإشتراط لمصلحة الغير وسيلة لانشاء الالتزام بارادة المشترط وموافقة الملتزم ، وايضا المستفيد ، وعدم موافقة احدهما تعدمه.

وهو عقد يخضع لكافة شروط انعقاد العقد واركانه اطرافه ومحله وسببه ، ومرهون أجله بطبيعة الالتزام فيه والتاريخ الوارد به عادة هو تاريخ استحقاق وليس تاريخ انقضاء.

أما خطاب الضمان البنكى فهو تصرف قانونى مجرد عن السبب يَصْدُرُ بارادة الملتزم فيه ومصدره هو الملتزم به ولاعبره فى قيامه وانعقاده بموافقة المستفيد أو رفضة فهو ليس طرفا فيه ، وليس عقدا ويسرى لمدة محددة والتاريخ الوارد فيه هو تاريخ إنقضاء وليس تاريخ استحقاق.

٢ - المشترط يمكنه العدول عن إرتباطه او تعديله أو الغائه أو استبدال المستفيد فيه فكل ذلك مرهون بارادة المشترط .

وفى خطاب الضمان البنكى لا يستطيع الآمر أو البنك أن يعدل عنه بعد اصداره أو أن يعدل شروطه او صياغته او يغير المستفيد منه .

٣ - فى خطاب الضمان البنكى تنفصل العلاقت المحيطة به وتستقل عنه وهى ليست سببا له ومنقطعة الصلة به وكذلك مصادرها ، فهو التزام مباشر من البنك للمستفيد .

وفى الاشتراط لمصلحة الغير اطرافه الثلاث المشترط والملتزم والمستفيد مساهمين فى انعقاده ، فهو غير مستقل عن علاقة المشترط بالملتزم ولا علاقة المشترط بالمستفيد ، ولا علاقة الملتزم بالمستفيد ، فجميع هذه اللعلقات المحيطة به تؤثر فيه والملتزم به في مكنته استعمال

دفاع ودفوع العلاقات المحيطة به والتى اوجدته .

٤ - والقول بأن خطاب الضمان البنكى إشتراط لمصلحة الغير .. هذا الرأى يعطى للآمر دور ويسمح له بأن يطلب من البنك عدم الوفاء وهذا خلط بين علاقة البنك بالعميل وهى علاقة عقدية منفصلة ومستقلة عن خطاب الضمان ، بعلاقة البنك بالمستفيد المباشر والشخصية ويصبح خطاب الضمان ورقة لاقيمة لها يكون للبنك أو عميله العدول عنه في اى وقت .

٥ - ومحاولات التلفيق التى تقول بنوع جديد من الاشتراط لمصلحة الغير يسمونه (الاشتراط لمصلحة الغير المجرد عن السبب) حتي لا يكون للآمر أن يطالب البنك بعدم الوفاء تقع فى تناقضات بديهية فخطاب الضمان عندهم يرتب حقا على وعاء ذمة العميل خارجا عن سلطانه.

٦ - لا يمكن أن نتصور أن العميل يمكنه ان يحول للمستفيد حقا على الاعتماد المفتوح والمقرر من البنك لخطاب الضمان لأن هذا الإعتماد دين خارج عن ذمة العميل وسلطانها ، صاحبه هو البنك ، والغطاء المقدم للبنك فهو مبلغ خارج عن ذمة العميل وسلطانها فى الواقع لانه يكون مستغرقا برهن البنك له فكيف يمكن للعميل أن يقرر عليه حقا ؟ واذا حجز على هذا الغطاء من الغير بدين ممتاز ، اصبح المستفيد من خطاب الضمان عارى تماما من أى ضمان لأن مبلغه مقرر على الغطاء المستغرق ، ويكون الحال كذلك وأسوأ ، اذا كان حق المستفيد مقرر على الاعتماد المفتوح للأمر ، فالتسهيلات البنكية دين فى وعاء ذمة العميل أى مبلغ سالب لا يستقيم معه القول أنه يمكنه ان يشترط عليه لصالح المستفيد ، وهذا النظر يجعل الآمر هو المدين وليس البنك يهدر هدف خطاب الضمان ويسوى بين خطاب الضمان ورهن حافظة الاوراق المالية أو وضعها على حسابات العميل لتجميد جزء منها لحساب المستفيد.

٧ - والتجريد في خطاب الضمان البنكي ليس هو حرمان الآمر من الدفع بعدم التنفيذ فى

مواجهة البنك ، وإنما التجريد صفة للتصرف ذاته ككل ، **والحرمان من الدفوع نتيجة التجريد من السبب وليست هى التجريد .**

وليس فى القول بحرمان الآمر من الدفع بعدم التنفيذ فى مواجهة البنك تجريدا من السبب فلا يمكن ان نتصور أن الاشتراط لمصلحة الغير وهو عقد إرادى ركنه السبب هو في ذات الوقت مجردا عن السبب .

فمفهوم التجريد كما اوضحناه هو تعرية الالتزام من السبب وقيام الالتزام دون السماح بالخوض فى اى دفوع أو دفاع تُرَدْ الى السبب الباطن أو الحقيقي أو المفترض وليس ذلك مجرد حرمان من الدفع بعدم التنفيذ .

والامر اصلا غريب عن العلاقة بعيدا عنها فليس بينه وبين خطاب الضمان البنكى اى صلة فالبنك قرره فى ذمة نفسه دون حق الرجوع عنه لمستفيد معين بالذات مباشرة دون ان يكون لهذا الاخير او لارادته اى شأن فى قيامه .

٨ – وهذا القول المرسل فيه خلط للعلاقات ، لاننا في خطاب الضمان نعنى البنك بالحرمان من الدفوع فهو المصدر لخطاب الضمان ، وهو الملتزم به من ماله ، ولا دفوع للآمر لنحرمه منها لانه لا يستطيع ان يطلب من البنك أى طلب بخصوص صرف خطاب الضمان لانه غريب عن علاقة البنك بالمستفيد ، وتطهير خطاب الضمان البنكى من دفوع عيوب الارادة فى الغلط والاكراه والتدليس والدفع بعدم التنفيذ والمقاصة واتحاد الذمةوالابراء ذلك كله فى علاقة البنك بالمستفيد ، فالتجريد هو التصرف القانوني الصحيح دون النظر الى وجود سبب له وتتوقف صحته فقط على صحة التعبير عن الارادة ، او هو ، تأجيل الرجوع بالدفوع الى ما بعد الوفاء. «Pay First - Argue-Later»

وهذا الرأى يخلط العلاقت الثلاث بمقولة انها وان كانت مستقلة الا انها مرتبطة وهى فى الواقع منفصلة .

٩ - والقول بأن رفض المستفيد لخطاب الضمان البنكي يُلْغِهِ لإننا لا يمكن ان ندخل مالا فى ذمته رغما عنه ، هذا القول ، لم يحط بنظام خطاب الضمان البنكى ، المحقق لاهدافه فمبلغ خطاب الضمان من مال البنك ويظل كذلك الى ان يصرفة فعلا المستفيد ، فليس هناك مال يدخل قصرا فى ذمة المستفيد وعلى المستفيد الا يقوم بصرفة الى أن ينتهى اجله ، ليظل خطاب الضمان بفاعليته فى التجارة الدولية بعيدا عن اسهام اى ارادة اخرى فى قيامه غير ارادة البنك فهو ليس عقداً ..

١٠ - واذا خَوّلَ الآمرالبنك في عقد الخدمة المصرفية حق تجديد خطاب الضمان دون مراجعته فليس ذلك أبداً شبهة الاذعان . ذلك لأن ذلك عملاً مفيدا للعميل وأخف عبئا عليه من صرف قيمة خطاب الضمان ، ومن ناحية أخرى فإن البنك وحده هو المدين بقيمة خطاب الضمان ومن ماله فله أصلا ومنطقيا هذا الحق الذى يفيد العميل ولايضربه ، وهذا لا يؤدى الى اقحام البنك فى العملية التجارية أو يعطى العميل الفرصة للتنصل من عمل البنك لأن تنصله هذا معناه أنه كان يفضل دفع البنك لقيمة خطاب الضمان وهذا يفقره اكثر ، هذا علاوة ، على ان علاقتهما محكومة بعقد الخدمة المصرفية ولا شأن للآمر بخطاب الضمان فى صدوره وانعقاده ومُدْة سريانه وانقضائه . حتى ولو كان قد اشترك مع البنك فى صياغته ويجب أن نسلم أن خطاب الضمان البنكى هو نظام قانونى آخر ذو طبيعة خاصة فى انعقاده وأثاره وإنقضائة ، وليس الإشتراط لمصلحة الغير ، وليس تابعا من احكامه او يمكن رده اليها .

ولا لزوم لتطويع مفهوم الاشتراط لحساب الغير باضافة عبارة (المجرد) اليه فهذا مع خطئه فى فهم مدلول التجريد لا يحل اشكالا .

م	خطاب الضمان البنكي	م	الارادة المنفردة
١	ليس عقدا	١	تعاقد ثلاثى الأطراف.
٢	مُصدره هو الملتزم به	٢	مُصدره غير الملتزم به .
٣	لا يؤثر فى انعقاده قبول المستفيد او رفضه	٣	لا ينعقد الا بقبول الملتزم والمستفيد.
٤	مجرد عن السبب	٤	له سببا
٥	تاريخ اجله تاريخ انقضائه	٥	تاريخه تاريخ إستحقاقه
٦	غير قابل للرجوع فيه او تعديله او تغيير المستفيد من البنك والآمر	٦	قابل للرجوع فيه من المشترط دون خلفه وقابل للتعديل وتغيير المستفيد.
٧	مستقل عن العلاقات المحيطة به ، غير متأثر بها قائم بذاته ، كاف بسنده لا يستطيع البنك دفع طلب المستفيد بأى دفع	٧	مرتبط بالعلاقات التى أسهمت فى وجوده وللملتزم الاحتجاج بدفاع دفوع المشترط فى مواجهة المستفيد والمشترط من حقه ان يطلب ويلزم الملتزم بالدفع او عدم الدفع المستفيد.
٨	الآمر غريب عن العلاقة لا يستطيع أن يطلب من ابنك الدفع أو عدم الدفع .	٨	المشترط من حقه ان يطلب ويلزم بالدفع أو عدم الدفع للمستفيد .
٩	تقوم علاقة البنك بالمستفيد عند طلب الصرف فقط وليس قبل ذلك .	٩	علاقة الملتزم بالمستفيد تقوم من تاريخ عقد الاشتراط وله جميع الدفوع النابعة من عقده مع المشترط كالدفع بعد التنفيذ
١٠	اسلفنا أن موافقة المستفيد ليست لازمة لانعقاده فهو يقوم بارادة البنك وحده ولا التزام على المستفيد فيه من اى نوع وله فقط حق قبض القيمة فى الميعاد ان شاء والا سقط .	١٠	موافقة المستفيد كاشفة عن وجود حقة وليست مقرره له فقد نشأت من عقد المشترط والملتزم ولكن عدم موافقته تنهيه.

ان محاولات رد نظام الضمان البنكى الى القواعد المقررة لعقد أو نظام سابق عليه باعتبارها هو بذاته أو أنه صورة أخرى لا تأخذ فى اعتبارها ان نظام خطاب الضمان البنكى كما استقر فى العرف الدولى والقانونى يرد الى جذوره في القانون الرومانى الإستقرائى والتى تستقر فيها القواعد القانونيه من احكام تقرر مبادئ ونظم قانونية مختلفة مناسبة للحالات التى تعرض عليها . - وتتعدد فيها النظم القانونية بتعدد واختلاف الحلات التى تعالجها.

ثم ان هذا النظام يبعث التجريد من السبب كعامل هام فى استقرار المعاملات ويأخذ به ويستحيل أن ينبثق أو يلتقى بنظام آخر لحمته السبب والتقاء ارادتين .

ومَصْدَر هذا النظام أى خطاب الضمان البنكى ، هو التصرف القانونى وهو مصدر اكثر شمولا من العقد والارادة المنفردة فهما بعض صوره ونظام خطاب الضمان البنكى صورة أخرى من التصرفات القانونية له السمات والاحكام الخاصة به .

لذلك لا تصلح اى هذه العقود والنظم ليتفرع منها خطاب الضمان البنكى فهو نظام له كيان قائم بذاته .



العلاقات الثلاثيه المحيطه بخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية

الفصل الثانى

فى العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان البنكى

نتحدث في هذا الفصل عن العلاقات الثلاثيه لخطاب الضمان البنكي السائدة فى المعاملات الدولية عرفا وقانونا ، وقد تختلف في التطبيق من بلد لآخر .

العلاقة الأولى

علاقة البنك بالعميل

التعاقد على اصدار خطاب الضمان :

علاقة البنك بالعميل عند طلب اصدار خطاب الضمان هى علاقة عقدية والعقد الذى يربطهما هو عقد خدمة مصرفية وليس عقد وكالة فالبنك يدفع من ماله وليس من مال العميل ولا يقوم بذلك نيابة عن العميل وانما هو ملتزم مباشرة للمستفيد فى علاقة مستقلة ومنفصلة .

ومن حق البنك ان يقبل او يرفض طلب العميل ، فاذا قبل ، بعد مراجعة العميل ونصحه ، يتم اصدار خطاب الضمان بالصياغة المحددة فى طلب العميل أو بعد تعديلها بناء على طلب ومشورة ونصيحة البنك لدفع مخاطر عنه وعن العميل .

وبقبول البنك لإيجاب العميل ، ينعقد عقد الخدمة المصرفية بينهما ويقوم البنك باصدار خطاب الضمان . وليس هذا العقد سببا لاصدار خطاب الضمان.

وليس هذا العقد وكالة من العميل للبنك بصدار خطاب الضمان . وليس هذا العقد انابة من العميل للبنك باصدار خطاب الضمان.

أنه علاقة منفصله ومستقلة تماما عن خطاب الضمان ، ليس اكثر من مجرد طلب خدمة مصرفية لايختاط بالخدمة ذاتها ولايحكمها ولا يؤثر فيها أو عليها .

لذلك ليس هناك وعدا ملزماً باصدار خطاب الضمان ، واذا وعد البنك بذلك فلا يمكن للعميل إلزامه باصداره .

فخطاب الضمان البنكى ليس عقدا وإنما هو تصرف قانونى مجرد عن السبب يصدر عن الارادة الحرة المستقله للبنك وحده .

واذا أشير فى صياغة خطاب الضمان الى العملية التجارية الصادر بمناسبتها فليس معنى هذا أن تلك العملية سببا له . فلا يقحم خطاب الضمان البنك فى العملية التجارية الاصلية ، فهذه علاقة ، ايضا ، بعيدة ومنفصلة ومستقلة عن خطاب الضمان او انه هو البعيد عنها .

وتحرص البنوك في الطلبات المطبوعة لهذه الخدمة المصرفية الصادرة عنها ان تضمنها ما يأتى :

١ – تاريخ انتهاء خطاب الضمان بشكل قطعى وواضح ، وتاريخ الانتهاء ليس تاريخ الاستحقاق لأن خطاب الضمان له أجل ينتهى فيه وهو بالنسبة للمستفيد مستحق الصرف من تاريخ صدوره الى ان ينتهى أجله فور طلبه اذا كان غير مشروط أو عند تحقق الشرط اذا كان مشروطا.

٢ – قيمة المبلغ النقدى الذى يلتزم بدفعه المستفيد فى خطاب الضمان البنكى دائما ولزوما مبلغ نقدى معين يلتزم بدفعه ألبنك دون أى التزام آخر من اى نوع .

٣ – اذا كان خطاب الضمان مشروطا ، يلزم تحديد دقيق للمستندات المطلوبة عند الصرف يكون واضح فيها الجهة المخول لها اصدارها وشكلها وصياغتها .

٤ – يلزم الا يعلق صرفة على ارادة البنك أو العميل وإلا فقد هويته كخطاب ضمان بنكى .

٥ – يلزم أن تكون صياغته المقترحة في طلبه واضحة فى عدم خلطه أو ربطه بالعلاقات المحيطة به ، وتأكيد استقلاله عنها .

٦ – يلزم ان يكون نصه كاف بذاته وعباراته واضحة لاتخلطه بأى وسيلة من وسائل الضمان الاخرى كالضمان العادى او الكفالة او التعهد بالدفع او خلاف ذلك .

٧ – يلزم ان يكون واضحا من صياغة خطاب الضمان عدم اقحام البنك فى العملية التجارية فهو مجرد التزام من البنك بدفع مبلغ من النقود في بحر مدة معينة لمستفيد معين بالذات غير قابل للرجوع فيه من الملتزم .

٨ – ويكون غموض النص وعدم وضوحه سببا لكثير من المنازعات عند طلب المستفيد الصرف وخلق المبررات القانونية لوقف صرفه ، وقد يجد البنك نفسه متورطا في العملية التجارية الاصلية.

ومن المقرر ان يكون دفع البنك للمستفيد في الميعاد دون مراجعة للعميل الآمر ، طالما ان المستفيد تقدم للصرف مستوفيا كافة المستندات المطلوبة فى سند خطاب الضمان اذا كان مشروطا او يصرفه البنك بمجرد الاطلاع اذا لم يكن كذلك .

ولكن يجري العمل فى البنوك على اخطار عملائها قبل الصرف لاعطائها الفرصة فى طلب وقف الصرف قضائيا ، اذا كان له مبرر ، وهذا لا يمنع من الصرف الفورى للمستفيد ، اذا رأى ذلك ، وهو على أى حال لا يمهل المستفيد عادة لاكثر من ثلاثة ايام والا كان ملزما بتعويضه عن تأخير الصرف فهو الملتزم وحده فى خطاب الضمان قبل المستفيد .

وحكمت محكمة جنيف في القضية ٤٦٥ لسنة ١٩٨٤ أنه لا تثريب على البنك اذا عطل

الصرف ثلاثة ايام ليتيح الفرصة لعميله أن يلجأ للقضاء لوقف الصرف ، مراعاه لمصلحة عميله خاصة فى حالة غش المستفيد .

والبنك ملتزم فقط بمراجعة المستندات من الناحية الشكلية ، للتأكد من صدورها من الجهة المخول لها ذلك وانها بالصياغة المحدد أو المشار اليه فى سند خطاب الضمان ، ولا يُلزم البنك بالبحث الموضوعى فى صحة المستندات اللازمة الصرف .

فاذا لم يقوم البنك بما أُنيط به يكون للعميل حقا في التعويض ، وتقدم شركات التأمين ومؤسسات التمويل والضمان وسائل بديلة مستحقة الدفع عند الاطلاع تأخذ حكم وطبيعة خطاب الضمان البنكى .

وأسلفنا ألقول ان عقد اصدار خطاب الضمان بين البنك والعميل ، هو عقد خدمة مصرفية وليس عقد وكالة فالبنك لا يقوم نيابة عن العميل باصدار خطاب اضمان من مال العميل ، وإنما يلتزم هو في ماله ومن ماله بالدفع للمستفيد في علاقة مباشرة لاعلاقة لها بالعميل .

وهذه الخدمة المصرفية تحقق مصالح جميع الاطراف :

(١) فالعيمل لا يكون مضطرا لدفع اي مبالغ نقدية من امواله لضمان تنفيذ التزامه فى العقد الاصلى مع المستفيد ولا يكون مضطرا لحبس اى مبالغ في حساباته ايضا تبقى سيولته على ما كانت عليه وخطاب الضمان أقل نفقة وعِبْئاً من التأمينات الشخصية والعقارية .

(٢) والبنك يستفيد عمولاته ومصاريفه واتعابه مع محدودية المخاطر ومع وجود الغطاء الكلى او الجزئى ، نقديا كان أو عينيا ، وكذلك ، يستفيد البنك مما قد يتقاضاه من فوائد عن الرصيد المكشوف لْلغَطَاءْ.

وفي مجال الحديث عن عقد الخدمة المصرفية بين العميل والبنك نشير الى ما يلازمه ويلزم له :

١- نصح العميل　　　٢- التجديد　　　٣- الغطاء

اولاً : نصح العميـل

ان نصح العـمـيل عند طلب خطاب الضـمـان هو التـزام على البنك في بعض البـلاد كسويسرا مثلا التى تلزم البنك بتقديم النصيحة ، ولكن البنك يلتزم بمراجعة الصياغة الناقصة لخطاب الضمان.

فالبنك اكثر احاطة من عميله بظروف التعامل السائده فى بلاد اخرى والقوانين المطبقة فيـها، وعليه ان يبصـر عـميله بما تقضى به قوانين هذه البلاد من احكام خـاصة بخطاب الضمان البنكى ، خاصة خطاب الضمان غير المشروط. - فتركيا مثلا ينص القانون فيها :

١- على استمرار خطاب الضمان طالما ان لالتزام الذى صدر الضمان بمناسبته مازال قائما، اى أنه لانهى خطاب الضمان البنكى بنهاية الاجل الوارد به .

وطبقا للقانون التركى المعدل لسنة ١٩٨١ يلزم مرور ١٠ سنوات من تاريخ صدوره اذا لم ينتهى العقد الاصلى قبل ذلك ليتقادم خطاب الضمان البكى .

٢- وفى بعض البلاد يلزم لانهاء خطاب الضمان البنكى ان يسلم المستفيد البنك الورقة المثبتة له .

٣- وفى بعض البلاد يربط خطاب الضمان البنكى بالعقد الاصلى بين المستفيد والآمر وهذا يؤثر على التزامات البنك والآمر بل يخرج خطاب الضمان البنكى بمفهومه الدولى عن طبيعته المتفرّده .

٤- كذلك يلزم نصح العميل وتبصيره بالقانون الواجب للتطبيق والاختصاص القضائى وينصح العـميل بالنسبة لخطورة النص فى خطاب الضمـان غير المشروط ، ويعدل الصياغة الناقصة او المعيبة فى حالات ضمان الدفعات النقدية والتى تخفض طبقا لمسيرة التنفيذ بذكر المستندات اللازمة لذلك .

ثانياً : تجديد خطاب الضمان

قد ينص فى خطاب الضمان علي تخويل البنك تجديده دون مراجعة العميل الآمر ، بنفس شروطه وصياغته ويتم ذلك قبل انتهاء أجله .

ويعبر عن التجديد ، بأنه مد لخطاب الضمان ، خاصة فى حالة ما اذا طلب المستفيد الصرف او المد (التجديد)

ومصلحة العميل تكون دائما فى التجديد لانه أخف عليه من الصرف ، وتخويل البنك هذا الحق دون مراجعة العميل جائز وصحيح ومعمول به ، ليس فيه شبهة الاذعان اذا رأى البنك انه انفع لعميله، فاذا لم يكن البنك مخولا هذا الحق فى عقد الخدمة المصرفية أو فى الطلب الموقع من العميل ، فيلزم مراجعة العميل فى الميعاد المناسب قبل ان يجدد البنك خطاب الضمان للمستفيد لاخذ موافقته على ذلك ، ويلزم ان يكون التجديد لمصلحة العميل وليس لمصلحة البنك المفوض بالتجديد ، فاذا أضر التجديد بالعميل كان البنك مسئولا الا اذا كان بناء عن طلب العميل ، ويتم ذلك بأن يرسل البنك خطابا يشير فيه الى خطاب الضمان الاول ورقمه ويعرفه تعريفا جامعا مانعا ويقرر للمستفيد ان هذا الضمان بذاته وشروطه سوف ينتهى اجله يوم كذا الساعة كذا .

وهذا فى الواقع ليس مداً لخطاب الضمان البنكى وانما هو تجديد له ونكون بصدد خطاب ضمان جديد وان عُبِرٍَ عنه بالمد.

فخطاب الضمان البنكى لا يجرى عليه أن تعديل من البنك بعد صدوره ولا يمكنه ذلك فقد صدر لينتهى فى اجله ، فلا يستطيع البنك ان يعدله بعد صدوره ولا يستطيع بارادته ان يمد اجله لان ذلك تعديلا له ، إنما يستطيع أن يصدر خطاب ضمان جديد بذات الشروط وذات الصياغة فالورقة التى تشير الى خطاب الضمان الأصلى وتخطر المستفيد أن أجله إمتد إلى تاريخ كذا ... هى فى الواقع تجديد خطاب الضمان وليست مَدّاً لأجله .

وأما الآمر والمستفيد فهما بعيدين عن قيام وانعقاد خطاب الضمان لا يمكنهما التدخل فى إصداره أو تعديله أو تجديده ، فليس لايرادتيهما اى دور فى ذلك .

وطلب المستفيد (الدفع او المد) ليس معناه تدخل في تجديد خطاب الضمان فحقه قاصر على مبلغ الضمان والبنك هو الذى يقرر التجديد بارادته المنفردة ، وليس بسبب طلب المستفيد ذلك .

ولنا عودة لدراسة هذا الموضوع عند الحديث فى علاقة البنك بالمستفيد .

وقد يرد النص على حق البنك في التجديد دون مراجعة العميل في عقد الخدمة المصرفية او فى طلب هذه الخدمة او فى نص ورقة خطاب الضمان ذاته .

وإذا جدد البنك خطاب الضمان ، بعد سقوط اجله او انعدامه او استحالة المطالبة به او تقادمه يكون مسئولا ويكون من حق عميله الرجوع عليه بالتعويض ، واسقاط جميع المصاريف والاتعاب والعمولات والفوائد التى احتسبها البنك بعد انتهاء خطاب الضمان .

وكذلك يحرر الغطاء النقدى او العيني او المنقول المرهون للبنك كغطاء ، أو حافظة الاوراق المالية .

واذا تعمد البنك الاضرار بمصلحة عميله بتجديد خطاب الضمان متواطئا مع المستفيد لاى سبب مثل إعطائه فرصة لتقديم المستندات اللازمة للصرف فيلزم بتعويض العميل فيما لحقة من خسارة وما اصابة من ضرر .

ثالثاً : غطاء خطاب الضمان البنكى

يلتزم الآمر في علاقته بالبنك الذى ينظمها عقد الخدمة المصرفية بتقديم غطاء ضمان لإستيفاء البنك حقوقه المترتبه علي ادائه الخدمة المصرفية باصدار خطاب الضمان وقد يكون هذا الغطاء مبلغا نقديا ، يتم ايداعه من العميل فى حساب خاص او خصما على حسابه في

البنك ، ويُجَمّد المبلغ فلا يجوز للعميل السحب منه او عليه او استعماله بأى صورة حتى إنتهاء أجل خطاب الضمان بالصرف أو غيره وتسوية علاقة الطرفين بشأنه وقد يكون الغطاء النقدى بنسبة ١٠٠٪ من قيمة الضمان والمصاريف والعمولات اي غطاء كامل وقد يكون الغطاء جزئى.

والغطاء النقدى قد يتم في صورة تنازل من العميل للبنك عن مبالغ نقدية مستحقة له فى الخارج مؤكدة التحصيل ، يقوم البنك بتصليحها وايداعها حساب خاص ، وقد يكون الغطاء النقدى أوراق تجارية يظهرها العميل للبنك برسم التحصيل ، او اعتمادات خارجية يحولها العميل للبنك ، فاذا زادت التحصيلات عن مبلغ الغطاء المتفق عليه تُصرف الزيادة للعميل او يتم ايداعها فى حسابه الجارى او الاستثمارى .

ويتم الغطاء ايضا برهن حافظة الوراق المالية للعميل لدى البنك مع التصريح له ببيعها فى حدود مبلغ الغطاء المتفق عليه إما فورا أو عند استحقاق البنك الغطاء او جزء منه ، ويتم الغطاء ايضا فى صورة تنازل للعميل عن مستحقات له قبل طرف ثالث يقوم البنك بتحصيلها ، ويلزم ان يكون تاريخ استحقاق هذه المستحقات سابقا على استحقاق خطاب الضمان مؤكدة التحصيل والا تعرض البنك لمخاطر عدم تحصيلها.

هذه صور من الغطاء النقدى الذى يتم ايداعه فى حساب خاص لفرزه من وعاء ذمة العميل فى دفاتر البنك ولكنه يبق داخل ذمة العميل ، ويعتبر البنك دائنا مرتهنا له وتسرى علي الغطاء النقدى المجمد فوائد لحساب العميل أولا تسرى طبقا للإتفاق بينهما ، ويحبس الغطاء من تاريخ اصدار البنك لخطاب الضمان ، ويلتزم البنك بفك تجميده ورده الى حسابات العميل، إذا انتهي اجل خطاب الضمان دون صرف او بعد تسوية العلاقة فى حالة صرف المستفيد له ، ويلتزم البنك بوقف سريان الفوائد على القدر المكشوف من الغطاء وكذلك العمولات والمصاريف واسقاطه الرهن او رفع الحجز، دون طلب من العميل، او اعذار البنك، وبمجرد انتهاء أجل الضمان بصرف المستفيد او عدم صرفه ، ودون ، الإنتظار لرد المستفيد ورقة خطاب الضمان، والا تحمل البنك في مواجهة العميل كافة التعويضات المترتبة عن تأخره عن الاضرار التى لحقت بالعميل .

وفى تسوية مركز العميل يقوم البنك بخصم المبلغ الذى صرفه المستفيد وتسوية العمولات المستحقة له والاتعاب والفوائد ومصاريف الحجز او الرهن ان لم يكن الغطاء نقدا وكان رهنا عقاريا او رهن محل تجارى ، كما سوف نرى ، واذا تم الغطاء فى صورة تَخْويل العميل البنك تحصيل اوراق مالية احل البنك محله فيها، فيلزم تسوية هذه الاوضاع ، كذلك اذا كان الغطاء قد تم بتظهير سند شحن بضاعة واردة لأمر العميل الى البنك او كان سند الشحن لبضاعة العميل قد صدر باسم البنك وقام البنك باستلام البضاعة فى مخازنه او المخازن المؤجرة له من العميل باعتبارها مرهونة حيازيا بقيمة الغطاء المتفق عليه .

ففى هذه الحالة يقوم البنك بتسوية موقف البضاعة فور انتهاء اجل الضمان مع الاخذ في الاعتبار عدم الاضرار بسمعة العميل او التأثير على سيولته فيلزم الا يتراخى البنك فى ذلك والا كان مسئولا عن تعويض العميل .

واضح فيما أسلفناه ، ان الغطاء قد يكون برهن مال منقول مملوك للعميل سواء أكان تحف او معادن نفيسة أو أحجار كريمة او مشغولات ذهبية او خلاف ذلك ، ويتم هذا الرهن بحيازة البنك وتسلمه لهذه الاموال طبقا للقانون ووفقا للاجراءات المنصوص عليها فيه بالنسبة للبلد الجارى فيه التعامل .. ويخول البنك عند اللزوم بيعها واستيفاء حقه من قيمتها .

ويمكن رهن المحل التجارى للعميل بكافة مقوماته المادية والمعنوية ، ويتم ذلك طبقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها في بلد التعامل ، ويقرر الرهن حدود حق البنك على المحل التجارى ويخول بيعه اذا لزم الأمر ، وقد يكون حق الاداء العلنى موضوعا للرهن كغطاء لخطاب الضمان ويتم وفقا للاجراءات القانونيه فى البلد الجارى فيه التعامل .

وتقبل بعض البنوك رهن عقار مملوك للعميل كغطاء لخطاب الضمان ، فالغطاء يكون اى عنصر من عناصر الذمه المالية للعميل يمكن تحويله الى مال سائل وقابل قانونا لتقرير حقا عليه في حدود قيمة الغطاء المتفق عليه سواء عن طريق الرهن او تقرير امتياز للبنك ويتم ذلك دائما وفقا للقانون في بلد التعامل .

قيمـــة الغطـــاء .

وبالنسبة لقيمة الغطاء ، فقد يُصْدِرُ البنك خطاب الضمان علي المكشوف دون غطاء آخذا في الاعتبار مركز العميل المالى وسمعته التجارية وأرصدته وحافظة اوراقه المالية .

وقد يُصْدِرُ البنك خطاب الضمان بغطاء بنسبة صغيرة ١٠٪ من قيمة خطاب الضمان وفي مصر تقضى تعليمات البنك المركزي الصادرة فى ١٩٥٨/٢/١٧ و ١٩٥٨/٦/٢٤ ان تكون نسبة الغطاء لخطابات الضمان الصادرة عن البنوك التجارية لا تقل عن ٣٠٪ وهى ذات نسبة السيولة الملتزمة البنوك بتوفيرها .

ويخرج من هذه النسبة خطابات الضمان المقابله التى تصدرها البنوك في مصر مقابل خطاب ضمان من البنك الاجنبى ، ويلزم ان يكون البنك الاجنبي من الدرجة الاولى وان يكون خطاب الضمان المقابل من البنك الاجنبى محقق صرفة عند اللزوم ، ويتم ذلك بدارسة الشروط والاجراءات القانونية اللازمة توافرها طبقا لقانون بلد البنك الاجنبي لصرفة وأخذها فى الإعتبار.

وبعض خطابات الضمان تكاد تنعدم فيها المخاطرة من البنك مثل خطاب الضمان الابتدائى للدخول في المناقصات والمزايدات لضمان جدية العرض ، طبقا لتعليمات البنك المركزي في مصر ترك للبنوك التجارية ان تقدر هى قيمة الغطاء ونسبته ، وعادة تطلب البنوك في مصر ١٠٪ من قيمة خطاب الضمان، في هذه الحالات ترفعها الي ٣٠٪ عند طلب خطاب ضمان النهائى .

الطبيعة القانونية للغطاء

الغطاء النقدى هو رهن لمبلغ من النقود يرتب امتيازا على المبلغ المرهون وحقا في حبسه في حساب خاص مجمد مع الابقاء عليه فى ذمة المدين ، ويترتب على ذلك ان يكون لدائن العميل حق توقيع الحجز على قيمة الغطاء تحت يد البنك ، ويكون ذلك كذلك فى رهن حافظة

الاوراق المالية او الحساب الجاري ، وحق البنك هو حق الدائن المرتهن حيازيا اذا دخل في قسمة غرماء مع حاجزين آخرين .

والغطاء ليس مقابل وفاء لحقوق البنك كما هو الحال فى الكمبيالة فالبنك لا يملك الغطاء وانما يرتهنه .

والغطاء ليس مقابل وفاء لقيمة خطاب الضمان ، لان هذه القيمة دين مباشر فى ذمة البنك، لاعلاقة لها بالآمر ، فالبنك ملزم بدفع قيمة خطاب الضمان عند طلب المستفيد له فى أجله وطبقا لشروطه حتي وان لم يكن هناك غطاء .

وهذا بخلاف المسحوب عليه فى رفضة قبول الكمبيالة اذا كانت عارية من مقابل الوفاء.

ومن جهة اخرى فإنعدم مقابل الوفاء في الكمبيالة يفقدها طبيعتها وتصبح مجرد سند بدين علي الساحب .

اما انعدام الغطاء فلا يؤثر بحال علي التزام البنك بخطاب الضمان ولا يغير من طبيعته. ومن جهة ثالثه فإن مقابل الوفاء فى الكمبيالة مملوك للحامل الاخير بأثر رجعى عند إستحقاقها ، وهذا لا يمنع الحامل من التصرف فيها حتى هذا التاريخ اى ان مقابل الوفاء يبقى متداولا حتى تاريخ الاستحقاق ، وليس ذلك كذلك بالنسبة للغطاء الذى يُجَمَّد ولا يجرى اى تعامل عليه ولا يتداول ، ولا يمكن التصرف فيه ، وهو ليس دائما مثليا ولا يملكه البنك وانما يرتهنه .

ومن جهة رابعة فالمدين فى الغطاء هو مقدمه والمدين في مقابل الوفاء هو المسحوب عليه وليس الساحب .

ومن جهة خامسة ، رهن البنك وارد على مال العميل فى ذمة البنك، وإذا اذا كان نقدا يكون محقق الوجود معين المقدار ، ذمه البنك مشغولة به شأن جميع الإيداعات النقدية اما

مقابل الوفاء فالحق فيه وارد على مال الساحب فى ذمة المسحوب عليه وهو وان كان معين المقدار الا انه قد لا يكون محقق الوجود عند الاستحقاق.

وبالنسبة للغطاء الماثل في رهن حافظة الاوراق المالية لآمر فيلزم فيه ان ينبه البنك على العميل بالوفاء قبل أخذ اذن القاضى ببيعها فى البرصة عن طريق سمسار ، والاوراق التجارية المظهرة فى حدود الغطاء تظهيرا توكيليا يحصلها البنك لذمة العميل مُحَمَّلة برهنه ليستوفى منها حقه عند اللزوم ، فاذا تم تحصيلها قبل استحقاق الغطاء تكون مبلغا نقديا مرهونا للبنك فى ذمة العميل تحت يد البنك فاذا كان التظهير تمليكى فعند تحصيل ألبنك لها تصبح دينا في ذمته للعميل مُحَمَّلاً بحق رهنه في حدود الغطاء ، وذلك كله فى حدود حق البنك إذا كان ما تم تحصيله اكثر .

العلاقــة الثانيــة

علاقــة الآمــر ... بالمستفـيد

العـقـد الاصلـى

اولا : محل العقد وموضوعه

محل عقد المستفيد والآمر ، هو العملية التجارية الاصلية ، وسبب التزام كل طرف هو التزام الطرف الاخر ، وتعارض المصالح يلزم معه وجود وسيلة لتحقيق التوازن فالمشترى يريد ان تصله البضاعة مطابقة للمواصفات في الميعاد التعاقدى سليمة وغير فاسدة ، والبائع يرغب في حصوله على الثمن بمجرد الشحن وخروج البضاعة من حيازته وكلاهما يريدان ان يتوقى آثار اختلاف قوانين بلد الاخر مثل الرقابة على النقدوالاختصاص والقانون الواجب التطبيق ، هذا بخلاف مشاكل النقل سواء أكان الشحن بحري أو جوى أو أرضى ، وهناك مخاطر مباشرة فى طبيعة العقد ذاته ففى عقود المقاولات دفع دفعة مقدمة للمقاولات يَلْزَمْ تأمينها

وضمان ردها عند اللزوم ، وقبل التعاقد فى المناقصات يلزم ضمان جدية المتقدم وكذلك فى التوريدات والعطاءات ، وضمان التشغيل او الصيانة للمعدات ، وغير ذلك من الصور التى يخطئها الحصر والتى يُستهدف ضمانها .

وكان لزاما ان تتوافر وسيلة فعّالة لضمان هذه المخاطر على ان تكون فعّالة وقليلة التكلفة مُؤكد الوفاء بها عند تحقق الضرر او التخلف عن القيام بالالتزام ، غير مرهونه بارادة الملتزم بطريق مباشر او غير مباشر ، والضمان الشخصى من طرف ثالث لا يوفر شيئا من ذلك فقد يماطل الضامن ، وليس فيه الفورية فى الوفاء وعبء على المدين فالضامن فى التجارة لا يكون متبرعا .

والضمان النقدى عبء باهظ التكلفة على المدين يحبس ماله عن دورته الاقتصادية وهو ان كان يَصلُحْ فى العمليات الصغيرة الا انه فى العمليات المتوسطة والكبيرة يكون مستحيلا تقديم ضمان نقدى بعشرات الالوف او ملايين الجنيهات ولذلك كان الحل الأمثل هو ما ابتدعته الاعراف في التجارة الدولية وعمليات البنوك وكانت الوسيلة لحل هذه المشاكل هو خطاب الضمان البنكي .

وذلك لأنه يوفر ضمانا فعّالا لجميع المتطلبات بتكلفة قليلة جدا نسبيا ، مؤكد الوفاء ، غير مرتبط بالملتزم ، ولا يقل عن الضمان النقدى ، ويحقق مصالح جميع الاطراف (المدين والدائن والبنك) هذا علاوة انه يساعد على سيولة التجارة الدولية حتي قيل أنه شريان الدم فيها ، ويجري الاتفاق عليه بين الآمر والمستفيد نصا وشروطا سواء في عقدهما أو فى ورقة منفصلة.

ويلزم عند الاتفاق عليه ان تحدد صياغته وشروطه ان وجدت ، بعد الإحاطة بقوانين البلاد التى تطوله فى حياته او عند تنفيذه ، خاصة الضمانات المقابلة ويلزم ان تكون الصياغة واضحة حتى لا تختلط طبيعته مع أى نوع من الضمانات الاخرى ، وهل هو خطاب ضمان مشروط او غير مشروط ، فاذا كان معلق ألصرف على تحقيق شرط او واقعة او تقديم سند او

ورقة ، فيلزم ان يكون نصه كاف بذاته مُعَرِّفاً المستندات اللازمة لصرفة تعريفا جامعا مانعا ، وينص على شكل السند ومصدره ونصه ، ويجب ان يشرف على صياغة خطاب الضمان البنكى قانونى مُتَمَرِّسْ له درايه بالمشاكل الدولية سواء الناجمة عن غموض النص او عباراته أو الفاظه أو وصف الاوراق اللازمة لصرفه والتحفظ للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائى ، واحكام خطاب الضمان فى قوانين البلد الذى « يتم الصرف فيه » ، فانه وبالرغم من وحده الفهم لمفهوم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية واستقرار عرفه البنكى ، وتطبيقاته واحكامه دوليا ، الا ان هناك بعض البلاد تختلف فيها التشريعات ، فى الإعمال والتطبيق ، وبعض أحكامه. ويرجع ذلك للتكييف القانونى للنظام ، ورده فى بعض البلاد الى قواعد كلية ، يربطه احيانا باحكامها باعتباره متفرع عنها ، كما يرجع احيانا الى التشريعات والقوانين فى هذه لبلاد والتي لا تأخذ بانفصال واستقلال العلاقات المحيطية بخطاب الضمان البنكي أو تقرر احكاما خاصة لتاريخ انتهائه ولا تسقطه لانتهاء أجله أو بضرورة تسليم سنده ليعد منتهيا .

ويلاحظ أنه حتى هذه البلاد يبق جوهر نظام خطاب الضمان البنكى ، خاصة غير المشروط، مسايرا وان لم يكين متفقا مع المستقر فى العرف الدولى والبنكي .

ويلزم الحذر جدا فى اصدار الخطاب الضمان البنكي النظيف خاصةً، وعدم التعجل فيه لاتمام الصفقة ، باعتباره نوعا من الشكليات وانه لن يستعمل ويؤدى ذلك الى عواقب وخيمة يضع فيها الآمر التبعة على البنك ، بتصوره ان البنك كان يجب ان يمتنع عن الصرف للمستفيد ، وهو يعلم أن البنك ملتزم مباشرة فى مواجهة المستفيد ولا يمكنه العدول عن التزامه او وقف الصرف الا فى حالات نادرة ، يلزم ان يكون فيها غش المستفيد وتزويره واضحا ومفضوحا ، فالبنك لا يراقب فى الخطاب الا الشكل دون الموضوع فى استحقاق المستفيد للصرف من عدمه .

لذلك يجدر بالآمر الا يطلب من بنكه اصدار خطاب الضمان الا بعد اتمام تعاقده وفتح الاعتمادات من المستفيد او علي الاقل ألتلازم الزمنى بين هذا وذاك.

ويجدر به ان يلاحظ ايضا ان خطاب الضمان البنكي خاصة النظيف سلاح قوى فى يد المستفيد قد يمثل ١٠٪ من قيمة التعاقد الاصلى وهذا قد يصادر ربحه او حتى جزء من رأس ماله واى مناقشة بينه وبين المستفيد بعد اصدار خطاب الضمان فى تفسيره او تجديده تعطى فرصة للمستفيد ان يملى شروطه حتى بالنسبة لسيرة تنفيذ العقد الاصلى، ويجدر بالآمر ايضا دراسة القانون الواجب التطبيق علي العلاقة الاصلية ، وعلى خطاب الضمان المتفق علي اصداره ، ودراسة الإختصاص القضائى ، فان البلاد تختلف فى قوانينها ، ويختلف ايضا قضاؤها في اعمال مقتضى هذه القوانين والمبادئ المقرره في ساحته لتحكم خطاب الضمان .

وبعض البلاد لا تتوفر فيها العدالة غير المتميزة او غير المدركة لنظام خطاب الضمان أو ان مؤسساتها القضائية او ذات الاختصاص القضائى واجراءاتها معقدة وطويلة وتضيع ميزة خطاب الضمان والوظيفة ، المناطة به فى التجارة الدولية فالسعودية تشترط فى معاملاتها الحكومية ان يكون خطاب الضمان البنكى الذى يقدم لها غير مشروط وهذا يسهل عملية اغتياله واتخاذه وسيلة للضغط ، والالتجاء الى التقاضى فيها محفوفا بالمخاطر ، لذلك يحسن النص على القانون الواجب التطبيق وجهة الاختصاص القضائى ، وربما يكون التحكم هو الحل الامثل ويتم الاتفاق عليه قبل اصدار خطاب الضمان او فى العقد الاصلى علي ان تكون مشارطة التحكيم مدروسة بعناية فى المبادئ والقوانين التي تحكمها وتحكم علاقة الطرفين بالنسبة لخطاب الضمان وزمان التحكم ومكانه واسماء المحكمين ، وقد يشار إلي اعمال القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية .. مع احالة النزاع اليها او لهيئة اقليمية اخرى ويجدر ملاحظة عدم تعارض اى اتفاق لقانون البلد الواجب التطبيق اصلا عند نزع هذه الولاية منه ومن نظامه القضائى ، كأن يكون مكان العقد يحكم شكله . وبلد المدعى عليه هى صاحبه الولاية القضائية وانه لا يجوز الاتفاق على غير ذلك فى هذا البلد وهنا قد يلزم نقل مكان ابرام

العقد الى بلد آخر يسهل للطرفين ابرام ما يرانه مناسبا لهما .

ومن المهم ان يضع الطرفان فى اعتبارهما الظروف السياسية والاقتصادية وقت التعاقد لعلاقة البلدين الجارى التعامل بينهما والتحوط لذلك .

ثانياً : بعض انواع خطاب الضمان

يصعب حصر أنواع خطابات الضمان البنكى فى المعاملات الدولية التى تقسم بحسب اغراضها او بحسب أوصافها وتتنوع المعاملات ذاتها ونخص بالذكر بعض الانواع الاهم منها:

(١) خطاب الضمان الملاحى

يستهدف خطاب الضمان الملاحى خدمة سيولة التجارة الدولية واهم صوره تأخير وصول المستندات المثبته لملكية البضاعة الى ميناء الوصول وأهمها سند الشحن ، عند وصول البضاعة أو قبلها ، ولا يستطيع المشترى استلام البضاعة من سلطات الميناء الا بهذه المستندات ، وانتظار وصولها تترتب عليه زيادة المصاريف خاصة التخزين وحجب البضاعة عن السوق فى موسم تسويقها او فى ظروف تقضى انزالها للسوق قبل اغراقه من المنافسين .

لذلك كان خطاب الضمان الملاحى الذى يقدمه البائع أو المشترى او مؤجر السفينة او الناقل او الوكيل الملاحى للناقل نيابة عنه للافرج عن البضاعة قبل وصول مستندات ملكيتها ، هو الحل الامثل لتلافى كل هذه المخاطر .

وفيه يضمن البنك لسلطات الميناء دفع قيمة البضاعة المسلمة قبل وصول مستنداتها لمالك البضاعة الحقيقى ، إذا تبين انه غير المستلم لها اذ لم يوافيه البنك او عمليه الآمر بالمستندات

المطلوبة فى ألميعاد .. وغالبا ما يغطى خطاب الضمان الملاحى قيمة البضاعة والمصاريف والرسوم الجمركية المحتملة .

وتحدد قيمة البضاعة إما بمقدار الاعتماد المستندى الذى فتح اصلا لسداد ثمن مشتراها، ، ويكون البنك مقدم خطاب الضمان الملاحى هو البنك المفتوح لديه اعتماد مشتراها، او انها تحدد طبقا للفاتورة الاصلية بقيمتها او بالقيمة الواردة فى سند الشحن وعند وصول المستندات يقدمها البنك أو الآمر لسلطات الميناء للافراج عن البضاعة والتخليص عليها ويسترد خطاب الضمان الملاحى .

ومن الخطورة أن يصدر خطاب الضمان الملاحى فى بعض الاحوال ، لذلك يلزم ان يراعى البنك اخذ بعض التَحَوّطَاتْ :

(١) على البنك ان يرفض اصدار خطاب الضمان اذ لم يكن الاعتماد الاصلى لمشتراها مفتوحا لديه.

(٢) يجب ان تكون قيمة خطاب الضمان الملاحى محددا فيه تحديداً قاطعا او على ألاقل باشارة واضحة الى المستند الذى يمكن تحديد قيمة خطاب الضمان على اساسه مثل الاعتماد المستندى ورقمه وتاريخه او الفاتورة او سند الشحن على ان يُعَرّفْ المستند الذى يُرْجَعْ اليه فى تحديد قيمة خطاب الضمان تعريفا جامعا مانعا ..

(٣) لا يصدر ابدا خطاب الضمان الملاحى على بياض بل يلزم ان يذكر فيه :

أ – اسم المركب الواردة عليها البضاعة .

ب – نوع البضاعة

جـ – قيمة البضاعة وعلى اساسها تحدد قيمة خطاب الضمان زائدا المصاريف والرسوم اذا كانت المصاريف والرسوم الجمركية مغطاه بخطاب الضمان .

د – مدة سريانه.

(٤) يجب الا يصدر خطاب الضمان الملاحى عن بضاعة فى الطريق لم تصل المركب الشاحنه لها الى الميناء وعليها البضاعة وذلك لأن البضاعة يمكن بيعها فى الطريق وسند الشحن قابل للتداول ويلزم أيضا ان ينتظر البنك المدة المعقولة لوصول مستندات الملكية قبل اصدار خطاب ضمان ملاحى بتسليمها لعميله او سواه .

(٥) يجب أن يغطى البنك نفسه بتأمينات مدروسة كأن يرتهن البضاعة ويتسلمها فى مخازنه ولا يسلمها الا بعد وصول مستندات ملكيتها او ان يسلمها للمشترين المحليين مقابل دفع الثمن فى حساب خاص ليتم التصرف فيه بعدوصول المستندات .

وهذه المسائل تنظمها لوائح البنوك التجارية وتعليمات البنك المركزى .

وينظم خطاب الضمان الملاحى عقد العميل الآمر مع البنك وهو عقد خدمة مصرفية ولكن خطاب الضمان الملاحى شأن اى خطاب ضمان بنكى هو التزام مباشر من البنك للمستفيد (سلطات الميناء) بمبلغ معين او قابل للتعيين ولاجل محدد او قابل للتحديد طبقا لنصه الذى يلزم أن يكون واضحاً فى هاتين المسألتين (القيمة + الاجل) وهذا الالتزام منفصل ومستقل عن التزام الآمر بالبنك او التزامه بالمستفيد .

ولكن هناك ميزة خاصة لخطاب الضمان الملاحى وهو أنه دائما يكون مشروطا ، فالبنك يضمن للمستفيد (سلطات الميناء) ان يدفع لها مبلغا معينا ، اذا لم تصل مستندات ملكية البضاعة حتى تاريخ معين يلزم أن يكون سابقا على تاريخ انتهاء اجل الضمان ، ويكون قابلا للتجديد شأنه شأن أى ضمان مشروط .

وخطاب الضمان الملاحى قد يُصْدِرُهُ البنك بناء على طلب وامر :

أ - الشاحن إذا كان هو صاحب البضاعة ومالكها طبقا لطبيعة البيع وربط المركب وشحنها ويرغب فى استلامها فى ميناء الوصول وليس بيده المستندات اللازمة وفى هذه الحالة يكون هو المستفيد الاخير من خطاب الضمان الملاحى باعتباره مالك البضاعة ، ويقدمة

لإدارة الميناء للإفراج عن البضاعة وحينما تصل المستندات يسلمها هو او البنك او هما معا الى ادارة الميناء ويسترد خطاب الضمان الملاحى.

ب – قد يكون الشاحن هو المصدر للبضاعة لحساب مشترى فى ميناء الوصول ، ولكنه ملتزم بالتسليم للمشترى فى هذا الميناء خارج المنطقة الجمركية مثلا ، او فى مخازن المشترى وتأخر وصول المستندات اللازمة للاستلام او تَأَخُّر وصول الاصل الثانى من سند الشحن يعوق قيام الشاحن بالتزامه لذلك فيطلب خطاب الضمان الملاحى ليفرج عن بضاعته ويتسلمها الى ان تصل المستندات كاملة .

وصاحب الحق فى البضاعة عند وصولها الى ميناء الوصول ليس هو بالضرورة مُصَدِّرَهَا الشاحن او مشتريها المستورد بل هو آخر يحمل سند الشحن مظهرا اليه تظهيرا سليما تمليكا.

جـ – وقد يصدر خطاب الضمان الملاحى بناء طلب الناقل او وكيلة الملاحى فى ميناء الوصول وذلك اذا كان ملتزما بتسليم البضاعة فى ميعاد معيّن الى صاحب الحق فيها الوارد اسمه فى احدى الصور الاصلية لسند الشحن التى يحملها القبطان او كانت المركب تهدف الى سرعة تفريغ البضاعة حتى لا تتحمل بغرامات تأخير التفريغ او مصاريف التخزين فى الميناء او لاى سبب آخر ، ولذلك يحصل بناء عن طلبه على خطاب ضمان ملاحى ، للافراج عن البضاعة يِلْتَزِمْ البنك فيه بدفع قيمتها والمصاريف اذا ثبت بعد وصول المستندات انها سلمت لغير مالكها ، وينظم عقد طلب اصدار الضمان وهو عقد خدمة مصرفية ، علاقة البنك بالآمر وهو الناقل أو ألوكيل الملاحى فى هذه الصورة .

د – وقد يُطْلَبْ اصدار خطاب الضمان الملاحى للافراج عن البضاعة للبائع المصَدِر او المشترى ألمستورد إذا قام لدى أحدهما مبررا لذلك .

وتقوم شركات التأمين بدور هام في تأمين وصول البضاعة الى مينياء الوصول وضمان تسليمها لصاحب الحق فيها .

وخطاب الضمان الملاحى خطير الآثار وفى تطبيقاته انحرافات كثيرة ويستغل فى عمليات النصب الدولية ، وتوريط البنك المُصْدِرْ له، اذا لم يتخذ منتهى الحيط فى اصداره ، كما اسلفنا، يجب على البنك الا يُصْدِرُه إلا اذا كان الإعتماد المستندى للبضاعة مفتوحا لديه والمستندات سوف ترد اليه ، وعليه الايصدره حتى تصل البضاعة على المركب لميناء الوصول ولا يصدره عن بضاعة قال عنها عميله بانها فى الطريق فالبضاعة ذاتها هى غطاء لخطاب الضمان الملاحى ، ويلزم ان يتمهل البنك فى اصدار مثل هذا الضمان لمدة معقوله لوصول المستندات ، وليس مقبولا من البنك ترك قيمة خطاب الضمان الملاحى على بياض ، ويجب ان يسلم مندوب البنك خطاب الضمان الملاحى الى ادارة الميناء بنفسه ولا يترك ذلك للآمر ، ويجب ان يكون هناك اجل لسقوط خطاب الضمان الملاحى منصوص عليه فى صلبه ، فلا يكفى ولا يصح ان يقال فيه " الى ان ترد المستندات " كل هذا وخلاف ذلك يلزم مراعاته بدقة.

ومن القضايا التى أُستغل فيها خطاب الضمان الملاحى :

١ - سنة ١٩٨٢ فتح بنك فرنسى اعتمادا مستنديا على المكشوف يغطى ثمن شحنة بترول من ايران لمستورد فى اسبانيا واطمأن البنك الى تظهير بوليصة الشحن اليه غطاء للضمان وتسليمه مجموعة مستندات ملكية البضاعة وفى نية البنك الا يعيد تظهيرها الى المشترى الا بعد سداد قيمة الاعتماد وثمن الشحنة .

الا أن المشترى الاسبانى تسلم الشحنة بمقتضى خطاب الضمان الملاحى من بنك فى ميناء الوصول ولم يعد فى حاجة الى مجموعة مستندات ملكية البضاعة لاستلامها بعد ان تواطأ مع الناقل الذى يحمل صورة اصلية من سند الشحن ، ثم اعلن توقفه عن الدفع وطلب جدولة ديونه بما فيها دين البنك الفرنسى وكان من حسن حظ البنك الفرنسى انه حجز على المركب فى ميناء السويس فى مصر بأمر قضائى ضد الناقل والمشترى من القضاء المصرى ، ورفضت السلطات المصرية السماح للمركب بالابحار ، وتم تسوية القضية ودفع حقوق البنك

الفرنسى مقابل تنازله عن حجز المركب ولكن ليس كل مرة تسلم الجرة.

٢ – القضية ٤٧٨ لسنة ٧٧ ابتدائى واستئنافها ٦٥ للسنة ٩٧ ق ونقضها ١٦٤٩ للسنة ٥٣ ق (فى القضاء المصرى) .

وفيها ارتكب البنك جميع الاخطاء الممكن تصورها فقد سلم عملية خطاب ضمان ملاحى عن بضاعة واردة برسم الترانزيت قيمتها مليون دولار بمقولة انه اشترى هذه البضاعة بناء عن مستندات هى عقد قدمه للبنك لا يجعل منه اكثر من موزع وليس مالكا للبضاعة ، وبالرغم من ان البنك لم يفتح اعتماد هذه البضاعة اصلا لديه ولا يعرف عنها شيئا اصدر خطاب ضمان ملاحى على بياض فى جميع بياناته باسم وهمى وليس باسم عميله الآمر لم يذكر فيه قيمة الضمان ولا اجل انتهائه وسلم لعميله خطاب الضمان الملاحى قبل وصول البضاعة الى الموانى المصرية ، وتربص العميل لوصول المركب وما ان وصلت حتى اخرج البضاعة واختفت تماما وتداولتها في مدة قصيرة جدا مشترون كثيرون جدا واختفت البضاعة تماما ، وكان من الواضح ان البنك إما متواطئ او انه ارتكب اخطاءً فى اصداره الضمان اكثر من–التواطؤ .

وهناك قضايا أخرى متعلقة بخطاب الضمان الملاحى واتخاذه وسيلة لعمليات النصب فى التجارة الدولية وهناك مشروع قانون جارى بحثه فى مصر لإلغاء نظام خطاب الضمان الملاحى والإستعاضة عنه بضمان الشركة أو الفرد طالب الإفراج المؤقت عن البضاعة وذلك بضمان تأمينها على ٨٠٪ من حجم معاملاتهم ويلزم أن يكون ضمانها فى حدود التأمين ولم نطلع على مشروع القانون.

التسجيل والتداول الالكترونى

لسند الشحن

تقوم مؤسسة S.Roksy المنبثقه عن بنك منهاتن بتسجيل سند الشحن تسجيلا الكترونيا، وبمقتضى هذا النظام يتفق الاطراف كتابة على اعطاء الشركة حق تظهير سند الشحن ، وحق

تسليم البضاعة للمالك الاخير . ويتم ذلك من خلال الكمبيوتر او التلكس .

والشركة في هذا النظام هي وكيلة عن البائع مالك البضاعة ومصدرها وحامل سند الشحن الذي تقوم الشركة باستلامه وتظهيره لنفسها وتفرج عن البضاعة بوصفها وكيلة ايضا عن المشترى اى انها تجمع بين وكالتيً البائع والمشترى علاوة على حق التظهير والتسليم ويتم ذلك بسرعة من خلال الكمبيوتر او التلكس او الفاكس وبذلك تختفى مشكلة تأخر وصول المستندات بعد وصول البضاعة ، فالشركة دائما جاهزة لاستلام يالبضاعي فى ميناء الوصول وربما يكون فى هذا النظام نهاية لخطاب الضمان الملاحى سئ السمعه .

(٢) خطاب ضمان مستحقات الجمارك

وقد لا يغطى خطاب الضمان الملاحى الصادر بمناسبة تأخر وصول المستندات ، الرسوم الجمركية ومستحقات الجمارك وغالبا ما يصدر خطاب ضمان بنكى مستقل لمصلحة الجمارك مغطيا للرسوم الجمركية المتوقعة عند الافراج المؤقت منها عن البضاعة دون احتساب الرسوم المستحقة ، وعدم استيفائها كليا او جزئيا لتعذر ذلك لعدم وصول مستندات الشحن وملكية البضاعة .

وخطاب ضمان الرسوم الجمركية هو خطاب ضمان بنكى بمبلغ معين من النقود لأجل محدد، قد يكون نظيفا او مشروطا يقدمه البنك بناء عن طلب عميله صاحب المصلحة فى الافراج عن هذه البضاعة دون سداد الرسوم الجمركية مؤقتا الى ان يتم تقديرها على اساس من المستندات بعد وصولها .

ويصدر مثل هذا الضمان البنكى للبضاعة الواردة برسم اعادة التصدير او لاى سبب آخر، والبنك فى هذا الضمان يلتزم فى مواجهة المستفيد (الجمارك) بدفع مبلغ معين محدد فى خطاب الضمان لاجل معين مذكور فيه ، ولا يقحم البنك نفسه على علاقة الآمر بالجمارك فهو لا يضمن الوفاء بالرسوم الجمركية وانما يلتزم بدفع مبلغ معين من المال مباشرة للجمارك

المستفيدة في علاقة منفصلة ومستقلة عن علاقة الجمارك بالعميل الآمر .

وتصدر خطابات ضمان بنكية اخرى لحقوق مختلفة للجمارك وليس فقط بخصوص الافراج المؤقت عن البضاعة قبل سداد الرسوم كليا وجزئيا لاى سبب من الاسباب ، وذلك مثل خطاب ضمان سداد الرسوم للبضاعة الترانزيت اذا أدخلت البلاد لسبب أو لأخر ولم يعاد تصديرها وكذلك خطاب ضمان سداد المستحقات الجمركية عن الادوات المعدات والات التى ترد لاستعمالها فى مشروع مع الإلتزام باعادة شحنها.

(٣) خطاب الضمان الإبتدائى والنهائى فى المناقصات والتوريدات

وهذا إما ان يكون خطاب ضمان ابتدائى ، يضمن جدية المتقدم للمناقصة أو التوريد واستعداده للتعاقد النهائى اذا رسى عليه العطاء او يكون خطاب ضمان نهائى بعد التعاقد ليضمن قيام الملتزم بالتزامه فى الميعاد .

وغالبا ما يكون هذا النوع من الضمان غير مشروط واعمالا لنص المادة ٤٩ من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر والتى تحكم القطاع العام والحكومه يلزم أن يكون خطاب الضمان نظيف غير مشروط مستحق عند الإطلاع ريلزم ان يمتد أجله ثلاثون يوما بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء ، كما يلزم ان يقرر البنك ان مبلغ الضمان الوارد في خطاب الضمان ، لم يتجاوز البنك فيه النسبة المقررة له عند اصدار خطابات الضمان من البنك المركزى.

كما يجب ان يقدم خطاب الضمان النهائى فى خلال عشرة أيام من تاريخ اخطار المتناقص او المورد بقبول عطائه ودعوته لتوقيع العقد النهائى ، وتكون قيمة خطاب الضمان ٥٪ من قيمة مقاولات الاعمال و١٠٪ فى التوريدات وغير ذلك وتنص المادة ٥٢ من ذات اللائحة على سريان خطاب الضمان لمدة الثلاثة اشهر التالية على تنفيذ المقاولة والتسليم او تمام التوريد .

(٤) خطاب ضمان الدفعة المقدمة

وهو يقدم من المقاول او المتعهد بالتوريد او سواهم لضمان ما يكون قد صرف لهم مقدما خصما من مستحقاتهم لمساعدتهم علي تنفيذ التزاماتهم التعاقدية ، وهذا الضمان قد يكون مشروطا او غير مشروط ، يربط أجل انتهائه بأجل التعاقد الاصلى ومسيرة التنفيذ فيه ، ويجرى تجديده اذا سمح نصه بذلك او فوّض البنك في عقده مع الآمر بالتجديد الى ان يتم خصم الدفعه المقدمة من مستحقات المقاول أو المورد. - التى تحل، أو سداده لها. وقد يجرى تجديده بمبلغ اقل وبنسبة متفق عليها طبقا لمسيرة التنفيذ وسداد المقاول لهذه النسبة خصما من المستحقات التى صرفها ، واحيانا يخفض سقف خطاب الضمان بنسبة ثابتة يكون رب العمل قد إستوفاها من المستخلصات التى يصرفها للمقاول الى ان يتم انهاء الدفعة المقدمة وينتهى خطاب الضمان .

وفي حالات التوريد يخفض خطاب الضمان طبقا لقيمة سندات الشحن و شهادات التخزين او التشوين ، او بناء على شهادة من شركة مراجعة او شخص ثالث .

ويستمر تخفيض سقف خطاب الضمان الى ان يتم استيفاء الدفعة المقدمة من مستحقات المقاول او المورد وينتهى بذلك خطاب الضمان .

واذا صدر خطاب الضمان من بنك أجنبى يكون معززا من بنك محلى ، يؤخذ فى الاعتبار سعر الصرف لتحديد قيمة خطاب الضمان - والمورد الاجنبى يلْزم ان يقدم ضمانا للدفعة المقدمة التى صرفها خطاب ضمان بنكي بقيمة مقدارها ١٠٠ ٪ او ٧٥ ٪ على الاقل .اما المورد او المقاول المحلى فيمكن ان يكون خطاب ضمانه حتى ٣٥٪ من قيمة الدفعة المقدمة على الاقل .

وهذه النسب تسري في مصر على معاملات القطاع الخاص دوليا ومحليا ، وتسري لحساب الحكومة فوائد على الدفعة المقدمة منها من تاريخ الدفع الى تمام الاسترداد او الخصم بالكامل من قيمة العملية.

وعند صرف خطاب الضمان الصادر من بنك اجنبى ويتم الصرف فى هذا البلد الاجنبى يلزم الانتباه ان بعض البلاد تفرض ضريبة تخصم من قيمة مبلغ خطاب الضمان عند الصرف (ايطاليا مثلا) . وهذا فى الواقع مخالف لطبيعة خطاب الضمان .

وعادة يتنازل العميل لصالح البنك عن المستخلصات الخاصة بالعملية مقدما كغطاء لاصدار خطاب ضمان الدفعة المقدمة ويتم تخفيضة عند تجديده كل مرة بقدر النسبة التي يخصمها صاحب المشروع من المستخلص ، وقد يتنازل العميل عن جميع حقوقه للبنك مقابل مستحقات الاخير ،ويضيف البنك ما قد يحصله زيادة عن مستحقاته لحساب العميل .

وفي مصر كان يلزم موافقة رقابة النقد لدفع دفعه مقدمة فى العمليات الدولية بالعملة الصعبة تتراوح بين ٥٪ و ٢٠٪ من قيمة التعاقد لاعداد وتجهيز المعدات ومواجهة المصاريف الادارية والاجور والنقل والاسكان والمواد الخام والرسم الجمركى (تراجع التعديلات خاصة القانون ٣٨ لسنه ٩٤ ولائحته التنفيذيه ٣٣١ لسنه ٩٤ وقرار وزير الإقتصاد ٣٣٢ لسنه ٩٤).

ويصدر ضمان الدفعة المقدمة لصالح المشروع ليضمن البنك عميله فى حدود المبلغ الوارد فى خطاب الضمان ويحدد اجله بان الدفعة سوف تصرف على المشروع وانه ملتزم بتعويض صاحب المشروع كليا او جزئيا فى حدود قيمة خطاب الضمان اذا لم يتم ذلك او اذا لم يتم خصم هذه الدفعة المقدمه من مستحقات المقاول او المورد ، ويصدر خطاب الضمان بقيمة الدفعة كاملة أو نسبة منها .

(٥) خطابات ضمانات التنفيذ

يستعمل خطاب الضمان البنكى فى ضمان تنفيذ الالتزامات المتبادلة فى العقد الاصلى فى مواعيدها وطبقا للمواصفات المقررة وللتعويض في حالة التنفيذ الكلي او الجزئى ولتأكيد أمكانات الآمر المتعاقد ، وقد يكون مشروطا او غير مشروط ، ويحسن فى حالة صدوره غير مشروط التحوط لعدم صرف المستفيد له غشا وتدليسا وذلك بمراعاة : —

عدم اصداره قبل التوقيع على العقد الأصلى او فتح الاعتماد المستندى او النص فيه علي عدم سريانه الا من تاريخ التوقيع علي العقد الاصلى او فتح الاعتماد المستندي . ذلك ان خطاب الضمان النظيف قابل للصرف بمجرد الاطلاع وتسليمة للمستفيد قبل التوقيع علي العقد الأصلى يجعله وسيلة فى يده لفرض شروطه والتهديد بصرفه وكثيرا ما يصرف غشا ويلزم ربطه بتنفيذ التعاقد فعلا وفتح المستفيد للاعتمادات المستندية المطلوبة فيه .

وهذا النوع يصدر أيضا عن شركات التمويل والضمان المتخصصة ويصدر فى عقود البيوع الدولية والتوريدات والمقاولات والتركيبات ، ويحسن ان ينظم العقد الاصلى دراسة خطاب ضمان التنفيذ المطلوب والنص على شروطه وأجله وصياغته وبداية سريانه والمستندات اللازمه لصرفه ، فالعقد الاصلى هو سند رجوع احد الطرفين على الآخر عند الالتجاء للتقاضى اذا أساء المستفيد استعمال خطاب الضمان الذى صدر له.

وتحتاط البنوك في اصدار مثل هذا الضمان وتأخذ في اعتبارها المركز المالى للعميل وسمعته وأرصدته لديها وتحدد نسبة الغطاء التى تطلبه على ضوء هذه الاعتبارات وسواها .

وتختلف فى هذه الدراسة ، مؤسسات التمويل والضمان وشركات التأمين فهى تدرس ظروف المؤمن ووكيله والمستفيد وتضعها جميعا فى الاعتبار .

وضمان التنفيذ ، غالبا يكون غير مشروط مستحق عند الاطلاع ، وقد يكون مشروطا صرفه بتقديم مستند من جهة معينة (شركة مراجعة او بيت هندسى مثلا) او تقديم حكم محكمة أو حكم محكمين مؤكدا تخلف الآمر عن تنفيذ التزامه المضمون واستحقاق المستفيد لقيمة خطاب الضمان كليا او جزئيا.

ويحسن النص فى خطاب الضمان على اعتباره كأن لم يكن اذا عدل المستفيد عن عطائه أو ألغى عقده أو لم يفتح الاعتماد اللازم لسداد مستحقات الآمر ، اي كما اسلفنا ربطه بقيام العلاقة التجارية دون إقحامه عليها – ولتحديد شروط الصرف فقط فى ورقته.

وتكون قيمة ضمان التنفيذ مبلغا يتراوح عادة بين ٥٪ الي ١٠٪ من قيمة العقد الاصلى، وينتهى بانتهاء أجله ويمكن تجديده عند اللزوم ويجب ان يكون واضحا نوع التنفيذ المستهدف من هذا الضمان وأسلوب اثباته إيجابا أو سلبا والمستندات والشهادات اللازمة للبنك على الا تكون مرهونه بارادة الآمر او البنك ، والا فقد خطاب الضمان هويته ، كضمان تركيب المصانع وانتاجها للسلعة طبقا للمواصفات المتفق عليها وكالاتفاق على تصنيع وتركيب مخبز آلى لانتاج رغيف متكامل الاستدارة بعجين مخمر «أمثله من قضايا».

ويغطى ضمان التنفيذ الالتزام وتدريب كوادر لتشغيل المصانع فى مواعيد معينة .

(٦) خطاب ضمان الصلاحية والعيوب الخفية

الإلتزام بالصيانه في عقود بيع المصانع والالات وكذلك في عقود التشغيل ، وضمان الصلاحية والخلو من العيوب الخفية ، يلزم في مثل هذه العقود ان يغطى الالتزام فيها، فى فترة الضمان، خطاب ضمان بنكي يضمن قيام المقاول او الملتزم بمصاريف الاصلاح او التعديل او الصيانه وقد يكون مَصْدَر هذا الالتزام القانون ايضا.

والمستفيد في مثل هذه الضمانات صاحب المشروع الذى يتسلم خطاب الضمان بقيمة محددة تدفع في بحر مدة معينة ويكونْ خطاب الضمان مشروطا او غير مشروط تحسب قيمته عادة على أساس نسبة معينة من قيمة المشروع لتغطية اي مصاريف قد يضطر صاحب المشروع الي صرفها اذا تخلف الملتزم عن القيام بالتزامه التعاقدى او القانونى فى فترة الضمان او تشغيل الالات والمصانع وصيانتها وكذلك لضمان العيوب الخفيفة .

(٧) خطاب ضمان المبالغ المحتجزة

تتضمن عقود المقاولات احيانا نصا يسمح لصاحب المشروع ان يحجز من مستحقات المقاول فى الدفعات التى يصرفها نسبة تتراوح بين ٥٪ و ١٠٪ تأمينا نقديا تحت يده لضمان

تنفيذ المقاول لالتزامه في صلاحية وسلامة اعماله وخلوها من عيوب الصناعه والتركيبات التى تظهر عند التشغيل وتكون هذه الضمانات لمدة معينة بعد تسليم المشروع او المدة القانونية اذا كان مصدر الالتزام والقانون .

ولضمان المقاول لاسترداد ما يكون قد خصم من مستحقاته يقدم له صاحب المشروع خطاب ضمان بنكى يغطى المبالغ التي احتجزت من مستحقاته ، ويتجدد مثل هذا الخطاب دوريا بقيمة أكبر كلما تقدم المشروع وزادت الخصومات من الدفعات المستحقة للمقاول ، وذلك عكس خطاب ضمان الدفعة المقدمة ، الذى يتناقص بقدر الخصم من حقوق المقاول كلّما تقدم المشروع وعكسة أيضاً فى ان هذا الاخير مقدم من المقاول وليس من صاحب المشروع .

(٨) خطاب ضمان التسويق

ونضرب لذلك مثلا نزاعا قام سنة ١٩٨٠ بين شركة فنلندية لتصنيع وتجميع المعدات وصيانتها وبين المركز التجارى المصرى الذى تعاقد مع الشركة المذكورة لتصنيع معداتها فى مصر ، وتضمن العقد ، مرحله انتقالية التزم الجانب الفنلندى فيها ، ان يَقْصِرَ توزيع منتجاته وتسويقها في مصر على الشركة المصرية الي ان يتم انشاء المصنع وبداية الانتاج وطلب الجانب المصرى خطاب ضمان بنكى لوفاء الشركة الفنلندية بالتزامها بِقَصْر تسويق منتجاتها فى مصر على المركز التجارى المصرى حتى انشاء وانتاج المصنع فى مصر ، كما غطى خطاب الضمان التزامات الجانب الفنلندى فى عمليه انشاء المصنع .

فور توقيع التعاقد وصدور خطاب الضمان قام خلاف حول من يكون له الحق فى اداره المشروع ولم يكن هذا الموضوع قد نظم فى العقد ، ونتيجة لهذا الخلاف لم تصدر الشركة الفنلندية اى منتجات لتُسَوِّقَها الشركة المصرية وصرفت الشركة المصرية خطاب الضمان .

التجأ الطرفان الى التحكم امام غرفة التجارة الدولية في باريس واخذ التحكم رقم ٤٢٦٩ لسنة ١٩٨٠ رفعته الشركة الفنلندية مطالبة باسترداد قيمة خطاب الضمان ، وبتاريخ

١٠/١/٨٦ صدر حكم التحكيم برفض طلب الشركة الفنلندية تأسيسا على انهاء الفت من جانبها عقد التسويق والتوزيع عن الفترة الانتقالية خاصة والشركة المصرية لم تصرف خطاب الضمان الا قبيل انتهائه ، وهي ان لم تفعل لتركت نفسها عارية من فرصة تغطية اى تعويض قد يستحق لها من جراء الغاء عقد التسويق .

وهذا النزاع يوضح أسلوب استعمال خطاب الضمان البنكي فى عقود التسويق والتوزيع .

انواع خطاب الضمان التى اشرنا اليها هى مجرد أمثلة لما قد ينص عليه في العقود الأصلية وانواع خطابات الضمان لا تقع تحت حصر . ولا يمكن استبعاد الحاجة الى خطاب الضمان البنكى فى أى نشاط تجاري خاصةً فى النشاط الدولى سواء كنا بصدد استيراد أو تصدير أو بيع مصانع أو عقود مقاولات أو عقود نقل بحري أو جوى أو ارضى أو عقود تأجير أو شراء أو بيع أو عقود ضمانات التشغيل أو خلاف ذلك .

وتقسيمات مسميات خطاب الضمان تختلف باختلاف جهة الاصدار فنقول خطاب ضمان بنكي أو خطاب ضمان مؤسسة تمويل وضمان ، أو خطاب ضمان مؤسسة عامه كالمؤسسات العامة المتخصصة فى فرنسا أو خطاب ضمان شركة تأمين أو اعتماد مستندى بالضمان Stand by Letter of Gredit.

وبعض هذه الضمانات التى تصدر باسم (خطاب الضمان) هي مجرد كفالة او ضمان عادى ليس فيه صفات ومّيزات واحكام وطبيعة خطاب الضمان البنكى .

واذا قسمنا خطاب الضمان من حيث الغرض قلنا خطاب ضمان ملاحى او جمركى او لدفعة مقدمة أو ضمان نهائى فى مقاولة أو توريد أو مناقصة أو مزايدة أو لضمان رد الشئ المعار أو لضمان الوفاء بالالتزام فى البيع أو الشراء او ضمان التسليم في الميعاد، أو ضمان المواصفات أو جدية العطاء أو ضمان التنفيذ أو الصيانة أو العيوب الخفيفة أو التسويق أو خلاف ذلك .

(٩) خطابات ضمان الجنوح والتصادم

يتحمل مالك البضاعة بنسبة من الخسائر الجنوح والتصادم وحتى يمكنه استلام البضاعة عليه ان يقدم ضمان الى ان يتم تحديد حصته من الخسائر او الى ان توافر له السيولة النقدية ، وبعد تقدير الخبراء للخسارة التى لحقت المركب من جراء الجنوح او التصادم يرد خطاب الضمان للبنك عند دفع حصة البضاعة في هذه الخسارة ، وقد يتم ذلك قبل الميعاد أو بعد اصلاح المركب وقيمة هذا الضمان محددة بقيمة ما يلزم ان تتحمله البضاعة في خسائر الجنوح والتصادم ، ويضاف الي تقرير الخبراء او الى فاتورة الاصلاح النهائية المصاريف ومدة هذا الضمان يجب النص عليها مع الالتزام بتجديده اذا لزم الأمر .

وكما اسلفنا يصعب حصر انواع خطابات الضمان ، فهى تدخل وتتداخل في علاقات تجارية او مدنية او ادارية ويفرزها العقد الاصلى المنشئ للعلاقات وقد ينظم أسلوب إصدارها وصياغتها وأهدافها . وتنتج ايضا عن علاقة قانونية قضت واقتضت تقديم خطاب ضمان بنكى.

تأصيل وتكييف دور البنك ومركزه في خطاب الضمان

خدمة تمويلية وليست ضمان

اسلفنا ان المبدأ السائد لا يسمح للبنوك اساسا القيام بعمليات الضمان ، فهى ليست شركات ضمان او تأمين ، كما أوضحنا أن خطاب الضمان البنكى وكذلك الإعتماد المستندى بالضمان لاتضمن مخاطر عدم الدفع وعدم الوفاء بالحقوق ولا تَحْمِلْ هذه المخاطر نيابة عن العميل بل انها تتفادى تماما التعرض لذلك .

ودور البنك سواء في خطاب الضمان او فى الاعتماد المستندي بالضمان هو التزام مباشر لشخص معين بالذات يدفع مبلغ من المال في بحر مدة معنية طبقا لنصه وشروط سنده الذى يلزم يكون كافى بذاته ويلتزم العميل الآمر طبقا لعقد الخدمة

المصرفية بدفع كل ما قد يصرفة البنك للمستفيد مع المصاريف والعمولات .

ومخاطره البنك في خطاب الضمان والاعتماد المستندى بالضمان محسوبه بدقة حتي تكاد تنعدم ويمكن أن نَعُدْ خدمة البنك في تقديم خطاب الضمان ، هي خدمة تمويلية من صميم اعمال وليست خدمة قانونية (ضمان)

والبنك لا يربط نفسه في العلاقات الاصلية المحيطية بخطاب الضمان والاعتماد المستندى بالضمان ، فعلاقته بالمستفيد مستقلة وخارجة عن هذه العلاقات .

وقد املت ظروف التجارة الدولية في السبعينيات ضرورة ابتداع وسيلة فعالة من خلال البنوك للثقة فيها وباعتبارها طرفا ثالثا غريب .. عن العلاقة التجارية الاصلية محايد ويلزم أن يبقى كذلك ليس فقط لأنه أصلا غير مسموح له مزاولة عمليات الضمان ، ولكن ايضا لان فاعلية الوسيلة الجديدة تستلزم ذلك .

فسمات خطاب الضمان الجوهرية في كونه مستقل عن العلاقات المحيطية به شخصى مباشر لمستفيد معين بالذات لم يسهم في وجوده إلا إرادة البنك وحده محدد بدفع مبلغ معين في بحر مدة محددة بشروط واردة به غير قابل للرجوع فيه من بالبنك ولا يرتهن صرفه بارادة البنك او الآمر اذا طَلَبَ المستفيد صرفه خلال أجله .

هذه السمات الجوهرية أملتها اعتبارات التجارة الدولية في حدود صلاحية البنك لادائها باعتبارها أقرب فى الفهم التحليلى ان تكون عملية تمويلية من ان تكون عملية ضمان . ولعل تسمية خطاب الضمان باسمه هو الذى أدخل اللبث في الفهم والتخريج والتكييف ، مع ان اعتباره ضمانا يهدر مأموريته ذات الطبيعة الخاصة والهدف الخاص في التجارة الدولية .

والبنوك خاصة التجارية منها حينما تقدم كفالات مصرفية وربما ضمانات مباشرة في عمليات تجارية انما هي في الواقع تحولها الى عمليات تمويليه ، فالبنك لا يدخل شريكا في المكسب والخسارة وحتى البنوك الاسلامية تفعل ذلك بصرف النظر عن المسميات .

وهذه الخدمة البنكية سريعة مفيدة للبنك وأقل نفقة من ضمانات شركات التأمين وشركات التمويل والضمان .

وعندما نقول ان علاقة البنك منفصلة ومستقلة فانها كذلك من البداية فهو لم يشترك ابدا فى العملية التجارية التي صاغها طرفيها ثم استدعاه احدهما لاداء مأمورية محددة ومعنية تحت مسئوليته

واستقلال علاقة البنك وانفصالها ، هى بالنسبة لعلاقته بعميله وعلاقته بالمستفيد ، وعلاقة المستفيد بالعميل ، وخطاب الضمان الصادر عن البنك للمستفيد لا يحكم إلا علاقاتهما معا فقط طبقا لنصه وشروطه وفي حدود اجله .

ومفهوم هذه الاستقلالية والانفصال يؤدى الى تأكيد المبادئ الآتية .

١- لا تتأثر علاقة البنك بالمستفيد بعلاقة عميله الآمر بالمستفيد ولا يؤثر فيها عقد المذكورين.

٢- ليس للبنك اي علاقة بالعميلة الاصلية .

٣- يحكم علاقات البنك بالمستفيد خطاب الضمان وعلاقته بالامر عقد الخدمة المصرفية الذى حدد فيه العميل طلبه لخطاب الضمان كخدمة مصرفية وحدود وأجل هذه الخدمة اى انه هو الذى (العميل) أصدار التعليمات، فعليه تحمل تبعتها، فاذا دفع البنك للمستفيد فانما هو ينفذ تعليمات العميل وعليه ان يتحمل مخاطر إعمال مقتض تعليماته وإلا يقحم البنك في علاقة لم يشترك فى خَلْقِهَا ولا ناقة له فيها ولا جمل ، وهذه هى الاستقلالية والانفصال. وإلا كان للعميل الحق فى الإحتجاج أو مراجعة البنك عند الدفع أو الرجوع عليه بمقولة ان العقد بينه وبين المستفيد لا يسمح بالصرف مناقضا في ذلك لاوامره للبنك التى تضمنها عقد الخدمة المصرفية .

ومؤدى الاستقلالية والانفصال بالنسبة للبنك تمنعه أيضا كمبدأ من الاحتجاج على المستفيد بأى دفاع نابع من عقد الاخير مع العميل . اما حالات الغش الفاضح او التزوير فلها

شروطها التى نتحدث عنها ، وقد يتصدى البنك لها وليس باعتباره اقحم نفسه على العقد الاصلى ولكن بوصفه يؤدى خدمه مصرفية لعميله وذلك على اى حال وكمبدأ أيضا فى حدود ضيقة جداً مؤسسة اما على امر قضائى أو على قانون ، وتختلف من بلد لأخر ولكنها دائما لا تُرَدْ الى القول بأن البنك يطبق العقد الاصلي فذلك لا يكون ابدا .

للبنك مصلحة فى شروط خطاب الضمان أخصها ان تكون وافيه وكاملة وبكافة البيانات المطلوبة منه ، ولذلك له أن يقبل او يرفض اصدار خطاب الضمان .

واهم ما يعنى البنك فى هذه الشروط هو :

١- وضوح النص في ان الضمان مباشر .

٢- شروط الدفع ومدي ما فيها من تفصيلات لا تقحم البنك في العمل التجارى .

٣- اهلية المستفيد وحقوقه .

٤- قيمة الضمان وأجله.

وسيلة البنك لتحقيق مصلحته ومصلحة العميل ايضا هى عدم التدخل بين العميل والمستفيد بأى صورة وانما نصح العميل وقبول او رفض اداء الخدمة المصرفية باصدار خطاب الضمان بالصورة التى يريدها العميل . وذلك لأن البنك أكثر خبرة ومن حقه واحيانا من واجبه ان يبصر عميله بالمخاطر التى سوف يتعرض لها اذا ما صدر خطاب الضمان بالصورة التى يقترحها ..

فوضوح الصياغة وتحديد مستندات الصرف ومصدرها وملاحظة اختلاف احكام القوانين في البلاد المختلفة ووجوب اثبات مفهوم القوة القاهرة المانعة من المصرف او المرهون الصرف بوقوعها فى نص خطاب الضمان وتعريفها تعريفا جامعا مانعا لالبث فيه وغير قابل لتأويل مع ترك امر تقدير ذلك عند الصرف للبنك بحرية مطلقة .

فاذا كانت شروط الضمان غامضة وقابلة للتأويل كان من حق البنك رفض اصدار خطاب الضمان وذلك حقه دائما على أى حال.

وكذلك ينظر البنك عند قبوله اصدار خطاب الضمان في مركز العميل المالى ومدى مقدرته علي الوفاء بالتزاماته للمستفيد من الظروف الاقتصادية والسياسية المحيطة بالعقد الاصلى ومدى تأثيرها على طلب صرف الضمان ، والبلد الواجب صرف الضمان فيه (بلد المستفيد) ومدى اعتراف قوانينها بالقواعد الدولية سواء فى أجل خطاب الضمان ومدة صلاحيته او رد ورقته او فيما يتعلق بربطه بالعقد الاصلى وجوداً وانتهاءً .

و القانون الواجب إعمال مقتضاه والذى يحكم خطاب الضمان طبقا لقواعد ألإحاله عند تنازع القوانين سواء طبقاً لبلد المستفيد او الآمر ومدى شرعية الإتفاق على اعمال قانون معين طبقا لقوانين البلدين وكذلك بالنسبة للاختصاص .

وإذا كان البنك لا يدخل في تفصيلات عند الصرف يقحمه بصورة أو بأخرى على العقد الاصلى ويرفض اي شروط فى خطاب الضمان تؤدى الى ذلك ، الا أنه عند دراسة اصدار خطاب الضمان يكون من حقه اجراء دراسة كاملة للعميل ومركزه وطاقاته وللمشروع وحجمه وفرصةنجاحه والظروف القانونيه و الاقتصاديه والسياسية المحيطة به في بلد التنفيذ فالبنك وحده هو اخيرا الملتزم بالدفع من ماله وان كان على حساب العميل .

وقد يطلب البنك غطاء كاملا دون تسهيلات او ضمانات إضافية لوفاء العميل بحقوقه اذا ما صُرِفَ خطاب الضمان ، ويكون الضمان احيانا من شركات التمويل والإئتمان او من شركات التأمين او من الشركات المتدخلة فى العملية ، وشركات التأمين وكذلك مؤسسات الضمان لا تمنح ضمانها للوفاء للبنك الا بعد دراسة خطاب الضمان وشروطه المقترحة ومدي تعرضها لمخاطر صرفه .

صياغة خطاب الضمان

يجب أن تكون الصياغة واضحة وقاطعة في نوعية خطاب الضمان وشروط صرفه وطبيعته فخطاب الضمان يلزم ان يكون نصه قاطع الدلاله على أنه مستقل عن العلاقات التى افرزته

وشخصى و مباشر بين البنك والمستفيد وعدم اسهام أى إرادة في خلقه غير إرادة البنك، واضح الأجل وتاريخ الانتهاء ومدة السريان وشروط الصرف ويلزم ألا يكون تعبير (خطاب الضمان) مؤدى لخلطه بالضمان العادى ، أعنى عقد الضمان ، فتسمية خطاب الضمان تؤدي الى إرباك وخلطة بمفهوم الضمان العادى أو التقليدى ، ولا يكفى القول بأنه ضمانا مستقلا منفصلا أو أنه ضمان احتياطى ففى ذلك إشارة الى شروطه وليست إشارة الى طبيعته باعتباره خدمة مصرفية أقرب الى التمويل منها الى الضمان .

وحتى تعبيرات البنوك الانجليزية بأنه غير مشروط وغير قابل للرجوع فيه ومستحق عند الاطلاع وأنه التزام نهائى لا يستطيع البنك او الآمر وقف صرفه فى اجله ، حتى هذه التعبيرات وأن كانت أفضل إلا إنها لا تبرز ما هية وطبيعة خطاب لضمان بإعتباره خدمة مصرفية تمويلية اكثر من كونه ضمانا من البنك بارادته وحده لمستفيد معين بمبلغ معين لمدة معينة لا تسهم إراده المستفيد فى خلقه ، وإن استفاد منه ولا تسهم ارادة الآمر فى وجوده وأن كان بناء على طلبه .

ولعل احسن التعبيرات هو الجمع بين هذه الاوصاف التى تردد في خطابات ضمان البنوك الانجليزية .

ويلزم عدم استعمال بعض التعبيرات اللغوية التى تستعمل فى الضمانات العادية كالقول : (نقدم كفالة منا لعميلنا) (ضمن لكم قيام عميلنا بكافة التزاماته فى عقده معكم المؤرخ فى ....بخصوص ..) (ندفع لكم مبلغ كذا في حالة اخلال عميلنا بالتزاماته وعدم الوفاء بما ينص عليه عقده معكم)

كل هذه التعبيرات مرفوضة جدا لانها تخلط خطاب الضمان بالضمانات الاخرى ، ولكن ليس معنى هذا عدم الإشارة الي العقد الاصلي اشارة مركزة لاثبات مناسبة اصدار البنك لخطاب الضمان ، ويقال بمناسبة عقدكم مع عميلنا فلان المؤرخ فى .. نلتزم دون رجوع منا ودون مراجعة للعميل وفي علاقة مستقلة وشخصية بكم مباشرة من البنك ان ندفع لكم مبلغ

(كذا) دون قيد او شرط (الا) اذا طلبتم ذلك من اليوم وحتى الساعة ١٢ من يوم كذا ، وبعد هذه المدة يعتبر هذا الإلتزام كأن لم يكن أصلا ويلزم أن تردوا هذا المستند الذى سوف ينعدم اثره القانونى بفوات أجله ونجدده لمدة اخري اذا رأينا ذلك .

اذا قدم خطاب الضمان قبل التوقيع النهائى على العقد الاصلى لسبب أولاخر يلزم ان ينص فيه على ان بداية سريانه لا تبدأ الا من تاريخ سريان العقد الاصلى وتوقيعه نهائيا واذا كان البنك لا يرغب ان يقحم نفسه على بداية سريان العقد الاصلى من عدمه ولا يرى تتبع ذلك فقد يضاف الى النص ان البنك هو الذى يقرر وحده اذا كان العقد الاصلى قد بدأ تنفيذه وتم توقيعه من عدمه وليس مطلوب منه الا بذل العناية المعقولة للتحقيق من ذلك .

ولعله من الأفضل تحديد التاريخ المتوقع لتوقيع العقد الأصلى نهائيا وبداية تنفيذه وذكر فى التعاقد الاصلى يجب ان يتلازم زمنيا بداية الضمان مع بداية التعاقد للمدة المتفق عليها .

والمهم انه لا يمكن تعليق سريان خطاب الضمان البنكى على أى ارادة غير ارادة البنك ويلزم ان يكون لاجله بداية ونهاية منصوص عنهما فيه بوضوح فلا يقبل ان يقال أن العميل الآمر له مصلحة فى إتمام العملية وكذلك لابأس من تطبيق بداية سريان خطاب الضمان على شهادة منا لانه اذا كان ذلك كذلك فلماذا اذن لا يؤجل طلب اصدار خطاب الضمان حتى يرى الآمر أن العقد قد بدأ تنفيذه هذا واقحام إرادة الآمر على خطاب الضمان فيه اهدار لمبدأ استقلال خطاب الضمان البنكى وانفصاله عن العلاقات المحيطة به .

وهناك حالات يكون من السهل فيها ربط سريان خطاب الضمان البنكى بالعقد الأصلى دون اقحام اى ايرادة اخرى على خطاب الضمان او التضحية بمبدأ استقلاله وانفصاله عن العلاقات المحيطه به وبعض هذه الحالات هى :

١- اذا كان المستفيد ملتزما بدفع دفعة مقدمه عند بداية سريان العقد وتوقيعه فيمكن ربط هذا بتاريخ بداية سريان خطاب الضمان وخطاب الضمان فى هذه الحالة لا يكون رهين ارادة المستفيد وإنما هو يدور مع وجود العقد الاصلى وسريانه وعدم وجوده، ووجود هذا العقد

وسريانه مرهون بدفع الدفعة المقدمة وخطاب الضمان البنكي المستقل المنفصل لا يقدح في جوهرة ان يكون صدوره يدور مع مناسبة تجارية معنية .

وغالبا ما يكون البنك وحده في هذه الحالة هو صاحب القرار وذلك بأن يلتزم المستفيد بدفع الدفعة المقدمة بعد التوقيع النهائي في بنك الآمر الذى سوف يصدر خطاب الضمان وتاريخ هذا السداد يكون بداية سريان خطاب الضمان وذلك واضح وقاطع .

٢- وكذلك الحال ان كان سريان العقد المرهون به سريان بداية مدة خطاب الضمان البنكي متوقف على فتح اعتماد مستندى من المستفيد ففى مثل هذه الحالة لا يجد البنك المُصْدِرْ اى صعوبة سواء أكان الاعتماد أى الدفعة المقدمة من خلاله او من خلال بنك آخر .

٣- وبالنسبة لخطاب رد المبالغ المحتجزة او المبالغ المدفوعه مقدما فهى تنتهى اذا أوفى الآمر بالمبلغ المدفوع مقدما فى حساب المستفيد من خلال بنكه او البنك المصدر لخطاب الضمان، ولا مشكلة فى ذلك بشرط وضوح النص كأن يقال مثلا ينتهى أجل خطاب الضمان اذا ما دفع العميل الدفعة المقدمة بمبلغ كذا فى حسابكم رقم ..... ببنك ... بناء عن ايصال من البنك بالسداد وكذلك الحال اذا كان الضمان بصدد مبالغ محتجزة تم الوفاء بها من الآمر وكذلك بالنسبة لخطاب الإعتماد بالضمان Stand By Letter of Credit

وفى هذا الخصوص أى فى حالة تعليق سريان الضمان على سريان العقد الأصلى ، يسرى فى شأنه مع اسلفناه وقد يتضمن نصه شرطا يلزم المستفيد عند طلب الصرف تقديم مستند متفق عليه نصا فى صلبه يوضح جهة اصداره ويؤكد بداية سريان العقد وتوقيعه النهائى .

فى علاقة العميل بالبنك المراسل

فى حالة الخطأ فى صرف المراسل (البنك الأجنبي) للمستفيد وانعدام العلاقة بينه وبين

الآمر ، إذا كان البنك المراسل مجرد وكيل عن البنك الأصلى ، وأبلغ نص خطاب الضمان خطأ او تأخر فى تبليغه مما ترتب عليه آثار ضارة بالآمر . وكان البنك المحلى الأصلى (بنك الآمر)، في ذات الوقت غير مسئول عن هذا الخطأ او أن مسئوليته أستبعدت، فى هذه الحالة يكون مركز العميل الآمر دقيق ذلك أنه لا يمكنه ان يلاحق البنك المراسل الأجنبي لانعدام العلاقة بينهما ولا يمكنه ان يلاحق البنك المحلى لانعدام الخطأ من جانبه .

ويقضى القانون الألمانى فى هذه احالة يِمكّنه تعويض الآمر من البنك الاصلى تأسيسا على نظرية (تحويل المخاطر او تحويل الخسائر Schadensliquatim in Dritteminteresse

فالبنك الأصلى كان عليه واجب ملاحقة البنك المراسل عن خطئه والا اعتبر لم يوف بالخدمة المصرفية التى قبلها ولم يبذل العناية الواجبة .

علاقة العميل بالبنك المراسل

المعزز المصدر للضمان مباشرة للمستفيد

إذا كان البنك المراسل قد كُلِفَ مَن البنك الأصلى باصدار خطاب ضمان مباشر للمستفيد في بلده مقابل خطاب الضمان له من البنك الاصلى بذات الصياغة والشروط التى حددها العميل فان هناك علاقتين :

أولا : علاقة الآمر بالبنك الأجنبى - ولاعلاقة بينهما ولكن - يكون للآمر الرجوع عليه مباشرة عند الخطأ فى الصرف أو التأخر فى التبليغ أو الخطأ فى صياغة خطاب الضمان وشروطه أو الوفاء غير القانونى أو غير المشروع.

ثانيا : علاقة البنكين يحكمها خطاب الضمان الصادر من البنك الأصلى للبنك الأجنبى ويلتزم البنك الأصلى فى حدود القواعد الدولية بوقف صرف الضمان المقابل فى حالة الغش البين من المستفيد واسهام البنك المراسل فيه .

اما اذا دفع البنك الأصلى للبنك المراسل قيمة خطاب الضمان المقابل فى حالات الغش

الفاضح او التزوير في صرف المستفيد الاجنبى بالتواطؤ مع البنك الأجنبي فانه سوف يكون للآمر دائما الرجوع عليه طبقا لعقد الخدمة المصرية وتأسيسها عليه ، وقد يلجأ الآمر قبل ذلك الي القضاء ضد البنكين لوقف الصرف فى الحالات المتاح فيها ذلك .

توضيح مفهوم استقلالية خطاب الضمان البنكى

نقول دائما ان خطاب الضمان البنكى مستقل عن العلاقات الثلاثة المحيطة به سواء فى ذلك علاقة المستفيد بالآمر فى العقد الاصلي او علاقة الآمر بالبنك أو علاقة البنك بالمستفيد التى هى وحدها التى تُرَدْ الى خطاب الضمان الصادر بارادة البنك المستقله .

ونقول ايضا ان هذه العلاقات ترد الى ثلاث مصادر منفصلة تماما ولا يؤثر احدهما على الأخرى ، فالعقد الاصلى يحكم المستفيد بالآمر وهى علاقة عقدية ، وعقد الخدمة المصرفية يحكم علاقة البنك بالآمر وهى أيضا علاقة عقدية ، أما خطاب الضمان فهو ليس عقدا ويحكم فقط علاقة البنك بالمستفيد ، دون ان يؤثر او يتأثر بالعقدين المحيطين به وذلك بالرغم انه ظهر فى الوجود بِنَاءً عن رغبة الآمر ، وعقد الخدمة المصرفية ، وبمناسبة العقد الأصلى بين المستفيد والآمر ، فارادة ايهما لم تسهم فى انشائه ، والهدف من وجوده لا يؤثر بحال من الاحوال على علاقة البنك بالمستفيد المؤسسة على خطاب الضمان وهذا مفهوم آخر لاستقلالية خطاب الضمان .

ولعل هذا المفهوم يكون اكثر وضوحا عند النظر الى خطاب الضمان المقابل الصادر من البنك الأجنبى الى المستفيد فعلاقتهما لاتتأثر اطلاقا بعلاقة الآمر بالبنك الاصلى لانها علاقة مستقلة عنهما ، وهذه الاستقلالية تحصن خطاب الضمان البنكى من ان يتأثر بانهاء العلاقات الاخرى او انكارها او نقضها او الغائها او تصفيتها او حالات الافلاس على النحو الذى نتناوله بايجاز في هذا الكتاب .

وكلمة Abstractness تستعمل احيانا خاصة فى القانون الهولندى للتعبير عن تأثر خطاب الضمان بهذه الحالة ، اما فى بلچيكا وفرنسا والمانيا فيستعملون تعبير الظروف الخارجية عن خطاب الضمان . (Extraneous Elements)

ولكن التعبير السائد فى انجلترا ، وامريكا وكندا هو كلمة (Independence)

خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية هو أداه متميزة أملتها حاجة التجارة فهو لا يخضع للقواعد العامه للضمان او لنظرية العقد ، فجميع الاطراف المحيطية به تعمدوا التحرر من هذه القواعد وأرادوا إبداع أداة ووسيلة ضمان بنكية مضمونه وفعّالة وتحقق اهدافهم دون مخاطر كبيرة أو تعقيدات عند الحاجة الى صرف الضمان ، لذلك كانت طبيعته المتميزة فى وجوده وآثاره وإنقضائه ، وغالبا ما يكون للبنوك صياغة نموذجية لانواع خطاب الضمان التى تصدرها وقد يدخل عليها البنك بعض التعديلات بناء على طلب عميله طبقا لطبيعة الغاية المستهدفة من طلب خطاب الضمان دون ان يخرجه هذا عن طبيعته المحددة .

قد يصادف هذه الحرية فى تكوين خطاب الضمان وشروطه بعض العقبات ، ومنها ان تمنع بعض القوانين الوطنية تضمين خطاب الضمان البنكى بعض الشروط أو إخضاعه لمراجعة قانونية قبل إصداره ، وقد تكون الشروط الممنوحة أو الغير مجازة ، والتى تختلف من بلد لاخر فى غير مصلحة البنك أو العميل الآمر أو المستفيد ، فمثلا رأينا ان القانون فى امريكا لا يسمح للبنوك بعمليات الضمان أساسا إعمالا للمبدأ القائل (انه ليس من اغراض البنوك ضمان ديون الاخرين) وقد تحايلت البنوك على ذلك بالاعتماد بالضمان (Stand by Letter of Credit)

وعندما استقر خطاب الضمان البنكى كوسيلة متميزة هى اقرب الى ان تعد خدمة تمويلية منها الى الضمان بمخاطر محدوده اصبح خطاب الاعتماد المستندى بالضمان هو خطاب الضمان .

كما لا تعترف بعض القوانين في بعض البلاد بانهاء خطاب الضمان فى اجله وتربطه وجودا وعدما بالعقد الاصلى ، أو أنها تشترط رد ورقته من المستفيد الى البنك كشرط لانهائه

وتجتهد القواعد الموحدة فى تضيق هذه الخلافات الى اكبر حد ممكن .

ولكن هناك مبادئ بنكية اخرى كان يلزم ان تضحى بها البنوك فى سبيل ابداع آلية خطاب الضمان او على الاقل تحد منها او تلطفها ، منها المبدأ القائل (أنه من واجب البنك ان يرعى مصالح عميله ، ان يتبع تعليماته)

اما بالنسبة لتعليمات العميل فقد تكفل بها مبدأ استقلالية خطاب الضمان البنكى وانفصاله عن العلاقات المحيطية به ، فالعميل بعد صدور الضمان مباشرة للمستفيد فى علاقة شخصية ومنفصلة مع البنك لم يعد هو او البنك من مقدورهما المساس بالضمان وشروطه بأى صورة من الصور فالعميل غريب عن خطاب الضمان لم تسهم ارادته في خلقه والبنك ليس من حقه بعد اصداره الرجوع فيه طوال اجله ولذلك فلا تقبل تعليمات لغريب عن العلاقة سواء أكانت من الآمر او المستفيد .

وأما بالنسبة لرعاية مصالح العميل فهذا المبدأ قائم فى حدود طبيعة خطاب الضمان وآليته على ما هو وضح فى هذا الكتاب .

والنماذج الموحدة التى تتعامل على اساسها البنوك تختلف من بلد لاخر وكذلك قد تختلف حتى من بنك لاخر في البلد الواحد كما نرى من نماذجها ، ولكنها تنص أو يجب ان تبقى على الطبيعة الخاصة القانونية والآلية لوسيلة خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية سواء بالنسبة لنشأته او آثاره او إنقضائه ، فاذا ضحت هذه النماذج بالسمات الاساسية والجوهرية فى تكوين خطاب الضمان البنكى فنكون ببساطة لسنا بصدد خطاب ضمان بنكى .

عودة الى طبيعة العلاقة بين البنك والعميل فى بعض البلاد

هل هو عقد وكالة أو إنابة (Mandate) للخروج بنظرية متكاملة وغير متناقضة ومتفقة مع نظام خطاب الضمان وجوهره، على ما رأيناه، فان العلاقة بين البنك والعميل يلزم فصلها

تماما فى خطاب الضمان البنكي ، فهى علاقة منفصلة ترد الى عقد الخدمة المصرفية ، الذى لا ينظر اليه باعتباره عقد وكالة أو إنابة لان البنك عندما أصدر خطاب الضمان لم يكن وكيلا أو نائبا عن عميله ، وإنما أصدره ولحسابه ذاتيا مباشرا لمستفيد دون اقحام عميله فى خلق خطاب الضمان ، هذا علاوة على ان الخدمة المصرفية التى يؤديها البنك لعميله هى فى المقام الاول خدمة تمويلية من صميم اعمال البنوك وان أفرزت للمستفيد ضمانا فهذا الضمان ليس نتيجة عقد العميل مع البنك بأى صورة فالعقد اذن هو عقد خدمة مصرفية (Render of Ser-vices)

وذهب البعض فى هولندا الى إعتبار عقد العميل مع البنك عقد إنابة وفى بلچيكا يرفض بعض الشراح ذلك ولا يوافقوا على ان العقد عقد خدمة مصرفية لانه لا يقدم خدمة محددة وواضحة ويقولون انه عقد تمويل او قرض مستمر والتمويل خدمة مصرفية على أى حال وقد تكون تسمية العلاقة بأنها عقد خدمة مصرفية أشمل .

وفي فرنسا ذهب الشراح الى التكيفات الثلاثة فبعضهم يراها علاقة إنابة وآخرون يرونها خدمة مصرفية وفريق ثالث ينظر إليها باعتبارها عقد قرض أو تمويل مستمر .

وفى المانيا يختلف الوضع لان قواعد عديدة من القواعد التى تحكم علاقة البنك بالعميل يقولون انها منقولة عن قواعد الانابة عندهم.

والعقد المسمى فى المانيا Geschafisbesor gungrtrag

هو عقد ذو طبيعة غامضة يدرجون تحت مظلته كثيرا من العلاقات .

ومن الواضح ان العلاقة بين العميل والآمر تختلف جوهريا عن مفهوم عقد الانابة او الوكالة ، وهذا علاوة على ان هذا التكييف يعقد العلاقة بين البنك وعميله فى أى نزاع قد ينشأ بينهما ، وربما يكون من الاحسن ان نعتبر هذا العقد ذو طبيعة مستقلة او عقد غير مسمى ليس من اللازم رده الى العقود المسماه فهو (عقد خدمة مصرفية ليس الا .. ليس الا).

تنفيذ تعليمات العميل

التزام ببذل عناية

العلاقة الأساسية بين العميل والبنك هى ان البنك يقدم خطاب الضمان خدمة للعميل ولذلك يلزم ان يعوّض البنك اذا اضطر للدفع للمستفيد وهذا الحق يلزم الا يكون مشروطا .

والتزام العميل بتغطية البنك مؤسسا على ان الاخير انما قام بتنفيذ تعليماته تماما ، فهو قد اصدر خطاب الضمان طبقا لما اورده العميل في طلبه بذات الشروط الواردة به وعلى ذلك فيلزم التأكد من ان ذلك قد روعى وإلا تأثر حق البنك فى استرداد ما دفعه .

وهذه القاعدة التى تربط حق البنك فى استرداد ما دفعه بتنفيذه لتعليمات العميل فى اصدار خطاب الضمان بالشروط الذي حددها فى طلبه ، هذه القاعدة، موضع مناقشة وخلاف بين الشراح .

(١) فبعضهم يقول قبول العميل لخطاب الضمان بالصياغة التى قبل البنك اصداره بها واستلام العميل لصورة خطاب الضمان معناه ان العميل قبل التعديلات الواردة فى طلبه للخدمة المصرفية والتى رهن البنك قبوله اصدار خطاب الضمان بها ، وهذه المشكلة نظرية وفقهية لان البنوك تحرص دائما فى حالة حدوث اى تعديل على الطلب الاصلى للخدمة المصرفية ان تأخذ موافقة العميل كتابة على ذلك .

(٢) والبعض يرى أن هذه القاعدة التى تربط بين استرداد البنك ما دفعه وبين تنفيذه تماما لتعليمات العميل ، يستثنى منها حالة الدفع للمستفيد الذى له فعلا حق الصرف ، ذلك ان البنك يمكن ان يسترد ما دفع على اساس قواعد العدالة وليس على اساس عقد الخدمة المصرفية .

(٣) ويرى آخرون ان ذلك معناه ان العميل يعوض البنك عما دفعه مخالفا لتعليماته بمقولة ان ذلك تحقيقا لقواعد العدالة ، وهذا يجر البنك الى اثبات ان المستفيد كان مستحق الدفع

على اساس عقده الاصلى مع العميل وفى ذلك اقحام للبنك على العميلة التجارية وفيه ايضا تضحية بمبدأ انفصال العلاقات واستقلالها .

والواقع ان هذا النظر مؤسس على ان علاقة العميل بالبنك هى علاقة انابة او وكالة او تفويض ، فإذا نظرنا اليها على انها عقد خدمة مصرفية ، نفذ على اساسه البنك تعليمات عميله ، فاذا كان ثمة من انحراف عن هذا العقد فيكون من حق طرفيه ان يعود احدهما على الاخر بمقتضاه وكذلك فى حالة عدم مراعاة البنك لواجبه فى العرف البنكى من الحرص على مصالح عميله .

وهذا لن يؤثر على اى حال فى التزام البنك قبل المستفيد .

العلاقة الثالثة

علاقة البنك بالمستفيد

(ا) التزامات المستفيد

لا يلتزم المستفيد فى خطاب الضمان البنكى ، قبل البنك ، بأى شئ على الاطلاق التزاما نابعا من خطاب الضمان ويرد اليه .

وهو ايضا لا يلتزم قبل الآمر بأى التزام نابع من خطاب الضمان ويرد اليه انما التزامه قبل الآمر ينبع من عقدهما معا ويرد الى هذا العقد بينهما وليس الى خطاب الضمان .

وخطاب الضمان يعطى المستفيد حقا شخصيا فى صرف قيمته طوال اجله المنصوص عنه فى ورقته . من البنك الذى اصدره ، ولا يشترط ان يكون المستفيد قد سبق قبوله لخطاب الضمان بل انه يصرفه حتى لو كان قد سبق رفضه له . ولا يستطيع البنك ان يرفض الصرف

طالما تقدم المستفيد طالبا صرفه فى أجله وبالشروط الواردة به اذا كان مشروطا ، ويصرفه البنك بمجرد طلب الصرف من المستفيد اذا لم يكن مشروطا .

ولا يستطيع البنك الغاء خطاب الضمان بمجرد خروجه من حيازته وتسجيله فى دفاتره حتى اذا لم يتسلم المستفيد صكه ، ولا ينتهى الا بانتهاء اجله المنصوص عنه فيه .

أما الآمر فلا علاقة له بخطاب الضمان وهو غريب عنه فالعلاقة فيه مباشرة بين البنك والمستفيد وهى مجردة عن السبب فليس عقد الآمر مع البنك سببا لخطاب الضمان البنكى وخطاب الضمان البنكى غير قابل للتداول او التظهير فالمستفيد لا يستطيع التنازل عنه او تداوله او رهنه ولا يقبل من دائنى المستفيد او الآمر الحجز عليه لان قيمة خطاب الضمان النقدية التى التزم بها البنك للمستفيد تظل من اموال البنك ولا تخرج من ذمة البنك الا عند طلب المستفيد لها وصرفها فعلا ، وتنتقل قيمة خطاب الضمان الى ذمة المتفيد فى لحظة صرفه وتختلط بماله فى وعاء ذمته المالية دون تمييز لها او تخصيص وقبل الصرف الفعلى لا تخرج من ذمة البنك وماله .

(٢) التزامات البنك

التزامات البنك نابعة من خطاب الضمان الصادر عنه دون اى ورقة خارجة عليه ، فصك خطاب الضمان الصادر عن البنك يلزم ان يكون (كافى بذاته) ويلتزم البنك فيه بدفع مبلغ من المال فى الحدود الواردة والمنصوص عنها فى ورقة خطاب الضمان وفى الأجل الوارد به .

ولا يقبل من البنك النكوص عن التزامه بالصرف اذا تقدم المستفيد طالبا الصرف فى الميعاد مستوفيا الشروط او الشرط الواردبورقة خطاب الضمان او يتم الصرف بمجرد الطلب اذا كان خطاب الضمان طبقا لنصه نظيفا غير مشروط .

وذلك طالما خرج خطاب الضمان من حيازة البنك وسجل فى دفاتره فبذلك تتم ولادته اما فترة الاعداد والصياغة ففيها لا تكون ولادة خطاب الضمان قد تمت ، وينعقد خطاب الضمان

بقوة القانون بناء على ارادة البنك المنفردة دون مشاركة اى ارادة اخرى (لآمر أو مستفيد) ويترتب على ذلك استحالة الزام البنك باصدار خطاب ضمان بارادة إحداهما أو كلاهما إذ يلزم ان تكون ارادته المنفردة حرة بلا شريك

وخطاب الضمان ليس عقدا بين البنك والمستفيد .

ولا يجوز الوعد باصدار خطاب ضمان ، فاذا قام هذا الوعد من البنك فهو غير ملزم ولا يستطيع العميل اجباره على اصداره عن طريق القضاء ، اذ يلزم ان تكون ارادة البنك حرة ، وطلب العميل ليس الا خدمة مصرفية اذا لم يؤديها البنك فلا سبيل لالزامه بها عن طريق القضاء وطلب اصدار خطاب الضمان لا يَصِير عقدا للخدمة المصرفية له قوة الزامية فى تنظيم علاقة البنك بالآمر ، الا بعد ان يقبل البنك اصدار خطاب الضمان ، ويصدره فعلا ، فواقعة الصدور الفعلى لخطاب الضمان منشئة لعقد الخدمة المصرفية ، ولا نرى مُكْنة رجوع الآمر بالتعويض اذا لم يصدر خطاب الضمان تأسيسا على عقد الخدمة المصرفية ، لان الخدمات المصرفية لا يمكن الزام البنوك بها قصرا وقهرا .

هذا علاوة على ان رجوع الآمر بالتعويض على البنك ففى هذه الحاله نجعل من عقد الخدمة المصرفية بين الآمر والبنك سببا لخطاب الضمان البنكى المجرد عن السبب ونربط خطاب الضمان البنكى بعلاقة البنك بالآمر وهى علاقة منقطعة الصلة به فاذا كان الآمر لا يستطيع وقف صرف خطاب الضمان او ان يطلب من البنك ذلك فانه لا يستطيع ان يجبر البنك على اصداره ، الذي سوف يكون المسئول الوحيد عن صرف قيمته وليس له (اى البنك) اى حق فى النكوص عن ذلك .

وليس صحيحا أن خطاب الضمان نتيجةً وأثرا لعقد الخدمة المصرفية وإلا أصبح هذا العقد سببا لخطاب الضمان وإنما الصحيح ان طلب الخدمة المصرفية مناسبة لاصدار خطاب الضمان وحتى لو كان خطاب الضمان مغطى بالكامل من مال الامر فى البنك فانه ايضا لا يستطيع إجبار البنك على اصداره لان البنك يلتزم قبل المستفيد من ماله وليس من الغطاء والا

كان الآمر هو المصدر لخطاب الضمان من ماله ويسيطر عليه وجودا وعدما فغطاء البنك منقطع الصلة بمبلغ الضمان .

ولا يلزم اخطار البنك عميله قبل الصرف للمستفيد ، فإن فعل ، فهو اجراء ودى يهدف منه البنك خدمة عميله وإشراكه فى مراجعة الاوراق اللازمة للصرف اذا كان خطاب الضمان مشروطا ، او اعطائه الفرصة اذا كان لديه ادلة ضد المستفيد تؤدى الى وقف الصرف قضائيا للغش الفاضح او التزوير او اساءة استعمال الحق فى بعض البلاد اللاتينية خاصة فرنسا وسويسرا. وذلك كله لا يؤثر على صرف خطاب الضمان للمستفيد وحقه فى صرف قيمته فورا.

وهذه الفورية قد تتراخى ثلاثة ايام على الاكثر لاتاحة الفرصة للبنك لدراسة طلب الصرف خاصة فى خطابات الضمان غير المشروطة وربما يوما واحدا فى الضمان النظيف عند الاطلاع الا إذا صدر حكم بوقف الصرف بناء على طلب العميل او البنك .

وفى هذه التطبيقات تختلف الاحكام والقوانين من بلد لاخر دون ان تمس جوهر خطاب الضمان البنكى .

وفى خطاب الضمان المشروط لا يراقب البنك عند الصرف إلاشكل المستند او المستندات المطلوبة فى نصه لِمُكنة صرفه . وأَخَصُّ ذلك هو التأكد من ان الجهة التى اصدرت المستند هى المخول لها ذلك طبقا لنص خطاب الضمان .

وقد تُراجع بعض البنوك فى بعض البلاد عميلها فى ذلك ، وهذا ليس اشراكا للعميل فى إتخاذ القرار بالصرف من عدمه فذلك للبنك وحده فإلتزامه قبل المستفيد شخصى ومباشر والبنك وحده صاحب قرار الصرف .

وخطاب الضمان النظيف اى غير المشروط هو تعهد فورى ملزم للبنك بالدفع فور الطلب فى اجل خطاب الضمان ، ويلزم ان تصل مطالبة المستفيد للبنك فى بحر الاجل الوارد فى نص خطاب الضمان .

ونادرا ما يصدر خطاب الضمان البنكى غير محدد الأجل فاذا صدر ، يتقادم بالتقادم الطويل طبقا للقانون ، ولا يستطيع البنك انهائه قبل ذلك الا اذا استرد صكه من المستفيد او سواه. ولا يتعارض ذلك مع قولنا ان فقد المستفيد لصك خطاب الضمان لا يسقطه حقه فى صرفه ، لأننا فى هذه الحالة (حالة خطاب الضمان غير محدد المدة) انما نقيم اعتبارا لتسليم المستفيد بنفسه صك خطاب الضمان لانه اصبح غير ذى موضوع وانتهى الغرض منه حتى ولو سلمه الى الآمر الذى رده للبنك .

وتسرى مدة التقادم فور صدور خطاب الضمان غير المشروط أو من تاريخ تحقيق الشروط او استحالته وتختلف التطبيقات من بلد لآخر .

(٣) حالات الإفلاس

افلاس الآمر لا يؤثر في التزام البنك بالصرف للمستفيد فى بحر مدة سريان خطاب الضمان سواء اكان مشروطا وتحققت شروطه او غير مشروط .

وفى حالة افلاس المستفيد يكون من حق البنك الصرف للسنديك وذلك باعتبار السنديك امتداد لشخص المستفيد ونائبا ووكيلا قانونيا عنه .

وينهى موت المستفيد خطاب الضمان البنكى لانه التزام لشخص معين بالذات وليس تركه للخلف العام او الخاص ، وهذا التزام ذو طبيعة خاصة لانه لا يقوم الحق فيه إلا عند طلب المستفيد الصرف وصرفه فعلا وحتى هذه اللحظة يكون مبلغ الضمان من مال البنك لم يدخل ابدا مبلغه او الحق فيه فى ذمة المستفيد المتوفى .

وموت الآمر لا يؤثر فى التزام البنك بالصرف للمستفيد خلال اجل خطاب الضمان لانه التزام شخصى على البنك للمستفيد لا علاقة له بالآمر وذلك سواء كان خطاب الضمان مشروطا او غير مشروط أما اذا اصبح تحقيق الشروط مستحيلا بوفاة الآمر أصبح خطاب الضمان غير قابل للصرف لتعليق هذا الصرف على شرط مستحيل التحقيق .

(٤) الحجز على الغطاء

يجوز الحجز على الغطاء من دائنى الآمر تحت يد البنك ، سواء فى ذلك ان يكون الغطاء نقدا او حافظة اوراق مالية او بضائع او عقارات ، ذلك لان الغطاء لم يخرج من ذمة الآمر وانما تحمل فقط برهن لمصلحة البنك فى حدود القدر المكشوف من قيمة الضمان وهذا الرهن الحيازى يرتب امتيازا للبنك بوصفه دائنا مرتهنا حسن النية ويخوله ذلك استيفاء حقه أولا ، اما اذا كان الضمان صادر على المكشوف دون غطاء فليس للآمر مالا للحجز عليه .

وتقوم البنوك بايداع الغطاء النقدى فى حساب خاص باسم العميل بمسميات مختلفة او باسم البنك ، وهذا لا يغير من طبيعته باعتباره مالا مملوكا للآمر مُحَمَّلٌ بحق رهن للبنك .

(٥) الحجز على قيمة خطاب الضمان

أ - حجز دائن المستفيد :

لا يجوز الحجز على قيمة خطاب الضمان من دائنى المستفيد تحت يد البنك ذلك أن مبلغ الضمان يظل من مال البنك إلى أن يتقدم المستفيد لصرفه ويصرفه فعلا ، فخطاب الضمان يقرر حقا شخصيا للمستفيد فى صرف مبلغا معينا فى بحر مدة معينة إذا أعلن إرادته بطلب الصرف وصرفه فعلا .. وبعد استيفاء شروطه او شرط الصرف إذا كان مشروطا أو بمجرد الطلب إذا لم يكن كذلك وهو كحق التعويض عن الضرر الذى ينشأ فى ذمه المسئول عنه ولا يتقرر فى ذمته حتى يطلبه المضرور ويقبضه وقد لا يطالب المضرور بأى تعويض ولا يستطيع دائنى المضرور أن يجبروا المضرور على استعمال هذا الحق الشخصى .

وهو كحق النفقة فى ذمة الملتزم بها مرهون استحقاقها بطلب صاحب الحق فيها ، فاذا لم يفعل ويقبضها فهى لم تدخل ذمته ، ولم تخرج من من ذمة الملتزم تفرز فيها او منها .

وهى كحق الوارث في التركة قبل وفاة المورث .

وجميع هذه التشبيهات والقياسات غير قابلة لاجراء الحجز عليها ، كمال محدد مفرز قبل تحقق وجودها ودخولها وعاء ذمة المستفيد ، وقبل ذلك هى فى وعاء ذمة الملتزم بها غير مفرزة، وفي القياسات والتشبيهات فوارق دائما .

وخطاب الضمان شخصى بالنسبة للمستفيد وشخصى بالنسبة للبنك كذلك ، وغير قابل للتصرف فيه من المستفيد او الرجوع فيه من البنك بأى صورة من الصور وهو رخصة شخصية للمستفيد اكثر من كونه حقا له .. فالبنك غير مدين به حتى فى مدة سريان اجله ، حتى يتم صرفه ودخوله ذمة المستفيد . أما قبل ذلك فليس هناك مال فى ذمة البنك للمستفيد للحجز عليه والحجز بعد قبض المستفيد سوف يكون حجزا مباشرا على المستفيد وذمته المالية وليس على مبلغ خطاب الضمان الذى فقد هويته واختلط بالأموال الاخرى فى ذمة المستفيد .

ب- الحجز من دائنى الآمر على المستفيد بعد القبض :

ينظر البعض الى مبلغ خطاب الضمان على انه بدلا من التأمين النقدى تحت يد المستفيد من مال الآمر وتأسيسا على هذا النظر يقولون بجواز الحجز تحت يد المستفيد .

وهذا القول تنقصة الدقة ذلك لأن :

(١) خطاب الضمان هو التزام مباشر من البنك للمستفيد وليس من مال الآمر وانما من مال بالبنك .

(٢) قيمة خطاب الضمان تظل من مال البنك الى ان يقبضها فعلا المستفيد وتختلط بوعاء ذمته المالية .

(٣) قيمة خطاب الضمان ليست تأمينا نقديا تحت يد المستفيد وإنما هى مجرد حق للمستفيد قبل البنك شخصى ومباشر ولم يخرج من وعاء ذمة الآمر وإنما هو من مال البنك .

جـ - حجز البنك ودائنيه على قيمة خطاب الضمان

لا نتصور مكنة حجز البنك تحت يده على قيمة خطاب الضمان لدين له على المستفيد ، لان

هذه القيمة تظل من مال البنك حتى يتم قبض المستفيد لها فعلا وتدخل ذمته المالية .. وهنا يكون حجز البنك على وعاء الذمة المالية للمستفيد وليس على قيمة خطاب الضمان الذى اختلط بها بعد قبضه لقيمة خطاب الضمان اما حجز دائنى البنك فلا معنى له اذا تم توجيهه الى قيمة خطاب الضمان المختلط بأموال البنك ، فاذا قبضه المستفيد فقد خرج من ذمة البنك فلا يجوز لدائنى البنك الحجز عليه .

د- حجز دائنى الآمر تحت يد البنك

لا يجوز الحجز من دائنى الآمر على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك ، لان هذه القيمة ليست من مال الآمر وإنما من مال البنك ، وبعد صرف المستفيد لهذه القيمة يكون الحجز تحت يَدْ المستفيد على ما يكون للآمر على المستفيد وليست على قيمة خطاب الضمان بالذات فهى من مال المستفيد اصلا بعد قبضها .

ليس للبنك اى دفاع او دفوع ضد المستفيد تخوله وقف صرف خطاب الضمان او اسقاط التزامه بالصرف ، فهو دين على البنك غير قابل للرجوع فيه سواء من البنك او من عميله المنقطعة صلته بخطاب الضمان ذاته والذى لا يخوله اى حق ضد المستفيد .

واذا اراد الآمر الرجوع على المستفيد لاى سبب فعليه ان يرجع تأسيسا على العقد الاصلى بينهما واذا اراد البنك الرجوع على المستفيد لاى سبب من الأسباب فعليه ان يرجع بمقتضى عقد الخدمة المصرفية بينهما (١) .

تراجع الاحكام الاتيه في مصر وفرنسا

(١) ٢٣ / ١٢ / ٥٥ الجدول ص ١١٥٦ و ١٠٢٦ استئناف القاهرة

(٢) ١٦ /٦ /٢٥ ، ٤٩/٧/٦ استئناف باريس

(٣) ٣٦/٧/٢٠ الادارية العليا المجموعة – القضية ٧٥

(٤) ٧٠/٢/١٤ ، ٧٠/٤/١٤ فتوى مجلس الدولة .

(٦) خطاب الضمان يجدد ولا يعدل ولا يمتد

اذا صدر خطاب الضمان ، وقيد فى دفاتر البنك وخرج صكه من حيازة البنك سواء وصل لعلم المستفيد او لم يصل - يصبح البنك ملتزما به طوال اجله ولا حق له فى الرجوع او اجراء اى تعديل عليه .

وليس لارادة المستفيد اي اعتبار في صدور خطاب الضمان او صياغهة شروطه فهو فقط مستفيدا لا حق له فى طلب تعديله بأى صورة من الصور .

خطاب الضمان صدر ليستمر كما هو حتى ينتهي بانتهاء اجله بصرفه أو تقدامه . وليس لارادة الآمر اى اعتبار فى صدور خطاب الضمان فهو صادر عن البنك وبارادته وحده فالآمر لا ينشئ خطاب الضمان ، ولا يقبل منه طلب تعديله بعد صدوره ، فهو لاعلاقة له به .

ويجب عدم الخلط بين طلب الآمر للخدمة المصرفية باصدار خطاب الضمان وبين خطاب الضمان ذاته بعد صدوره فعلاقة الآمر بالبنك ينظمها عقد الخدمة المصرفية ، وفيه قد يتفق على صياغة خطاب الضمان وشروط اصداره وصياغته ، فاذا قبل البنك اصدار خطاب الضمان فهو يصدر عن ارادته وحده ، دون إشراك ارادة الآمر فى اصدارة فليس اصدار خطاب الضمان قبولا لإيجاب تضمنه طلب الآمر والا خلطنا بين العلاقات الثلاثة المنفصلة تماما .

كذلك ليس للعقد الاصلى بين المستفيد والآمر اى علاقة من اى نوع بخطاب الضمان الصادر من البنك مباشرة لمستفيد معين بالذات بمبلغ معين من المال لاجل معين . ويكون ذلك كذلك حتى لو نظم العقد الاصلى بين المستفيد والآمر بنصه خطاب الضمان ونصه ، ويكون ذلك كذلك ايضا حتى اذا اشار نص خطاب الضمان ذاته الى العقد الاصلى ، فهذا العقد ليس سببا لاصدار خطاب الضمان لانه مجرد عن السبب .

وليس ادل على ذلك من بقاء خطاب الضمان طوال اجله وحق المستفيد فى صرفه حتي اذا الغي العقد الاصلى .

أما إذا كان نص خطاب الضمان ذاته ينهيه فى هذه الحالة فان الانتهاء يرد الى نص خطاب الضمان وليس الى واقعة انتهاء العقد الاصلى . فنص خطاب الضمان كاف بذاته واذا انهى العميل الآمر عقد الخدمة المصرفية رضاء او قضاء ، فلا اثر لذلك على خطاب الضمان الذى يبقى حق المستفيد قائما فى صرفه طبقا لشروطه طوال اجله .

وذلك تأسيسا علي انفصال العلاقات الثلاثة المحيطية بخطاب الضمان .. واخذا فى الاعتبار للعرف الدولى فى بناء الثقة فى هذه الوسيلة شريان الحياة فى التجارة الدولية.

وبناء على ذلك ، فلا البنك المصدر ولا العميل الامر ولا المستفيد ، قادرين مجتمعين او منفردين على الغاء او تعديل خطاب الضمان بعد صدوره طوال اجله فخطاب الضمان التزام بارادة البنك وحده بقوة القانون، فاذا كان البنك ذاته غير قادر على ذلك فان اجتماع إرادات لم تسهم في خلق خطاب الضمان تبقى غير قادرة على تعديله او الغائه .

واذا كانت ارادة البنك فى تعديل خطاب الضمان تساوى صفر سالب . فكذلك ومن باب اولى ارادتى الآمر والمستفيد فان اجتماع هذه الاصفار السالبة تساوى صفر ايضا .

واتفاق الارادات الثلاثة قد يؤدى واقعيا الى سحب الحياة دون الروح ويبقى خطاب الضمان لا يلفظ روحه حتى ينتهى اجله ، فهو وان اصابه الشلل فنبضه قائم – ويعود الى الحياة إذا غير المستفيد رأيه وتقدم لصرفه فى أجله نَاقِصاً عن اتفاقه الخارج عن ورقة خطاب الضمان .

فخطاب الضمان غير قابل للإلغاء او التعديل ولكنه قابل للتجديد .

تجديد خطاب الضمان

ليس لخطاب الضمان تاريخ استحقاق محدد باليوم والساعة وإنما له اجل يمتد من يوم ولاداته باصدار البنك له وحتى انتهاء اجله الثابت فى ورقته باليوم والساعة.

وما يقال عنه فى لغة التعامل البنكى مداً لخطاب الضمان ليس الا تجديدا له بذات شروطه

لاجل جديد او بعبارة اخرى ينتهى خطاب الضمان الاول ليحل محله خطاب ضمان جديد بِأجَلْ جديد ، فتعديل خطاب الضمان فى اى شرط من شروطه او أركانه محذور على البنك قطعيا . ومد ألأجل تعديل لركن الاجل فى خطاب الضمان وهذا محذور ومرفوض .

وتجديد خطاب الضمان بمد اجله هو اصدار لخطاب ضمان جديد ويتم هذا التجديد كتابة بورقة من البنك الى المستفيد يقول فيها عادة .

« نمد لكم خطاب الضمان رقم ...... بمبلغ كذا الصادر بتاريخ كذا الي مدة اخري تنتهى في كذا بكافة شروطة »

وهذا فى الواقع تجديد وليس تمديد ويلزم ان تستبدل كلمة نمد بكلمة نجدد والكلمة السائدة فى اللغة الإنجليزية هى (Renew) وهذا النظر يساير طبيعة خطاب الضمان ، وليست (Extend).

وطلب المستفيد تجديد خطاب الضمان واستجابة البنك ليس معناه اشتراك ارادة المستفيد في التجديد .

كذلك تصريح الآمر في عقد الخدمة المصرفية للبنك بالتجديد ليس اشتراكا منه فى هذا التجديد فليست ارادته هى التى جددت خطاب الضمان وإنما هى ارادة البنك جاءت موافقة لرغبته . ونتناول فى موضع اخر تخويل البنك فى عقد الخدمة المصرفية الحق فى تجديد خطاب الضمان وحكم ذلك فى القوانين المختلفة والممارسات فى البلاد المختلفة .

وجرت عادة البنوك فى اصدار خطابات الضمان المشروطه أن تثبت فى نصه استعدادها (لمده) تجديده لمدة أخرى وقد يكون ذلك مفيدا ولازما للمستفيد لاتاحة فرصة اوسع له لاعداد المستندات المرهون الصرف بها . وبعض الاحيان ينص خطاب الضمان على حق المستفيد في طلب التجديد (المد) وتكْرار ذلك الطلب الى ان يتحقق الشرط الموقف لصرفه والمنهى له ، على الا يكون ذلك الحق للمستفيد مطلقا او مؤبدا .

وفى كل هذه الصورة يبقى خطاب الضمان وتجديده خارجا عن ارادة المستفيد فارادته لاتصدره ولاتصوغه او تجدده ، وإنما ارادة البنك فقط والبنك هو الذى خول المستفيد حق ابداء الرغبة في التجديد فى ورقة خطاب الضمان اذن فارادة البنك وحدها هى التى تقرر تجديده عند اللزوم اي ان خطاب الضمان فى هذه الصورة له اجل محدد واجل آخر فى تاريخه صدوره يمكن تجديده كأن يقال :

« ينتهى هذا الضمان فى تاريخ كذا ونجدده لكم الى يتم الوفاء أو إذا طلبتم ذلك »

وإلا قدّم المستفيد شهادة عدم التنفيذ اللازمة للصرف وصرف خطاب الضمان وهذا عبء اكبر من التجديد على العميل .

وبمعني أخر يكون أجل الضمان مفتوح ، وهو لا يمد لانه اصلا في هذه الصورة يرد الي اجله البعيد وما تجديده هنا الا تأكيده .

وقد اسلفنا ان خطاب الضمان البنكى الذى يصدر دون ان ينص فيه على أجل يتقادم بعد عشر سنوات او خمسة عشر سنة او بانتهاد العلاقة الاصلية طبقا لقانون كل بلد[1].

حبس وتجميد قيمة خطاب الضمان البنكى

ان تجميد صرف أو حبس خطاب الضمان ، غير مقبول من المستفيد لان ذلك مخالف لطبيعة ومفهوم خطاب الضمان ، هذا علاوة الى ان القيمة مملوكة للبنك حتى تاريخ قبض المستفيد لها ولا يستطيع تجميد جزء من مال البنك فاذا طالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان دون استعداد منه لقبضه كأن يقول نطلب حبس القيمة وتجميدها لديكم فهنك ثلاث احتمالات لرد البنك :

«تراجع فتوى مجلس الدولة فى ١٩٦٢/١٠/٦ ولجنة »
« اتحاد البنوك فى ١٩٥٣/٣/١٦ .. »

١- ان يرفض البنك هذا الطلب الغامض بالصرف ويعتبره كأن لم يكن دون اى اثر ودون إعتباره مطالبة .

٢- أن يعتبر البنك هذا الطلب الشاذ طلب صرف ويصرفه ويودعه في حساب لديه باسم المستفيد ويترتب على ذلك :

أ- استحقاق البنك للغطاء وتسوية علاقاته بالآمر .

ب- تسوية علاقة البنك بالبنك الاجنبى اذا كان هناك ضمان مقابل.

٣- يعتبر البنك هذا الطلب تجديد فيمد اجله اذا كان مخولا ذلك وفى حدود سلطانه او بعد مراجعة العميل .

ويحسن ان يخطر البنك المستفيد بقراره حتى لا يفوت عليه طلب الصرف صراحة اذا كان له محلا وكان اجل الخطاب قائما والاحتمال الاول هو التصرف البنكى السليم المتفق مع العرف البنكى فى خطابات الضمان .

تغيير طرفى خطاب الضمان

إن خطاب الضمان البنكي يصدره البنك والمستفيد ليس طرفا فيه ولا يستطيع البنك تغيير المستفيد واحلال مستفيد اخر محله ، سواء أكان ذلك بارادته وحده او بالاتفاق مع الآمر او مع المستفيد او ثلاثتهم .

فالمستفيد حقه شخصى غير قابل للتنازل أو احلال آخر محله وسند خطاب الضمان غير قابل للتظهير .

والأمر غريب عن خطاب الضمان فهو التزام مباشر من البنك للمستفيد وعلي ذلك فخطاب الضمان البنكي محصن من التعديل بهذه الصورة سواء من البنك مصدره او من العلاقات الثلاثة المحيطية به مجتمعه او منفردة ، وذلك هو اساس فاعلية خطاب الضمان ، كوسيلة

الضمان فى المعاملات البنكية الدولية الثقة فيه .

وإذا كان المستفيد شخص معنوى إنقضى وجوده يبقى خطاب الضمان البنكى حيا بلا روح حتى ينتهى اجله ويكون صرفه مستحيلا لان انقضاء الشخص المعنوى كوفاة الشخص الطبيعى، والموتى لا يصرفون .

اما اذا اندمج شخص معنوى فى شخص معنوى آخر يحل الشخص المعنوى الجديد محل الشخص المستفيد المندمج فيه وليس فى ذلك تغييرا لشخص المستفيد او تحويلا لخطاب الضمان البنكى الى مستفيد جديد فهذا وذاك مستحيل حصوله لان خطاب الضمان البنكى صادر لشخص مستفيد معين بالذات وإنما تاسيسا على ان الشخص المعنوى المستفيد مازال قائما ومستمرا فى مُكَوِّنات الشخص المعنوى الجديد كالسنديك الذى هو المفلس بالذات ، كذلك الشخص المعنوى القديم المستفيد هو بذاته الشخص المعنوى الجديد الذى اندمج فيه ، فشخص المستفيد مازال قائما فى عباءة الشخص الذى اندمج فيه .

ويلاحظ أنه فى حالة الاندماج او الحلول يزاول الشخص الطبيعى او المعنوى الجديد المطالبة بقيمة خطاب الضمان فى اجله **باسم المستفيد الاصلى باعتباره قائما وليس باسم الشخص الجديد طبيعى او معنوى** وهذا معناه ان الشخص الجديد إنما يباشر فقط حق المستفيد الاصلى فى الصرف باسم المستفيد الأصلى وسواء كنا بصدد ادماج او افلاس ، فالمستفيد الاصلى هو الذى يتقدم للصرف من خلال وكيل قانونى مخول صرف خطاب الضمان نيابة عنه ، وهو يعبر عن ارادة المستفيد الاصلى القائم اعتبارا – وهكذا نرى ان تغيير المستفيد غير ممكن فى جميع الاحوال والبنك كذلك لاحق له ان يسحب خطاب الضمان أو ان يحل محله خطاب ضمان آخر .

ويكون خطاب الضمان البنكى مستحيلا فيه تغيير طرفيه ، البنك او المستفيد .

هل يمكن تغيير طرفى خطاب
الضمان البنكى او احدهما بقانون

القانون قادر على كُلْ شيئ ولكن يلزم ان يكون التشريع عاما ، يقرر مبادئ وقواعد عامة يجرى تطبيقها على حالات متماثلة ونادراً ما يصدر قانون لحالة معينة بالذات وربما تدخلت التشريعات فى بلاد مختلفة فى تغيير طرفى خطاب الضمان او احدهما ، نضرب لذلك مثلا فى مصر بقوانين التأميم الصادرة فى الستينيات ومنها القانون ١١٧ لسنة ٦١ و ١١٨ لسنة ٦١ والقانون ٥٤٢ لسنة ٥٧ وقرار وزارة الخزانة ١٨٦ لسنة ١٩٦٠ و ٥٤٢ لسنة ٥٧ وكذلك ادارة التشريع فى وزارة الاقتصاد في ٦٢/٣/١٨ وفتوى رئاسة الجمهورية فى ٦١/١٢/٢٢.

وأشارت بعض هذه القوانين والقرارات والفتاوى على اعتبار البنوك المؤممة قائمة بذات شخصيتها المعنوية السابقة ، وعليها كافة التزاماتها ولها كافة حقوقها مستقلة عن الدولة مضمونة منها فى الوفاء بالتزاماتها فلم يكن هناك اى تغيير في التزامات البنوك بخطابات الضمان الصادرة عنها وإستمرت البنوك المؤممة فى الالتزام بدفع خطابات الضمان الصادرة عنها حتى انتهاء اجلها كما استمرت فى اصدار خطابات الضمان الدولية على ذات القواعد المتبعة قبل التأميم .

اما الشركات المؤممة فقد اعتبر اصحابها وخلفهم الخاص مسئولين عن ديون الدائنين فى كل اموالهم ان عجزت هذه الشركات عن الوفاء بالتزاماتها وأعفى القانون هذه الشركات بعد ان اصبحت حكومية مملوكة للدولة من تقديم خطابات ضمان في معاملاتها المحلية دون ان يطبق ذلك على الحالات السابقة .. وذلك فيما يتعلق بخطابات الضمان الابتدائية في المناقصات والمزايدات ، ولا يشمل ذلك المعاملات الاخرى ولم تمس هذه القوانين معاملات الشركات الخاصة او العامة في التجارة الدولية .

خطابات الضمان المشروطة وغيرالمشروطة

يستوى فى التكييف والتأصيل القانونى وفى سريان قواعد العرف البنكى الدولى ، خطاب الضمان غير المشروط النظيف والمستحق بمجرد الاطلاع مع خطاب الضمان المشروط ، وكلاهما قد يكون معززا غير قابل للرجوع فيه .

وخطاب الضمان البنكى غير مشروط وهو الأكثر خطورة والأكثر اهمية والأكثر فاعلية فى التجارة الدولية ، لذلك يعنيه دائما الشراح عند الحديث عن خطاب الضمان البنكى حتى لقد ذهب البعض الى اعتباره وحده هو خطاب الضمان البنكى ذو الطبيعة الخاصة .

وهذه نظرية بعيدة عن الواقع والجارى عليه العمل فعلا فى التجارة الدولية .

فخطاب الضمان البنكى المشروط لا يقل اهمية عن خطاب الضمان البنكى غير المشروط وهو واسع الانتشار فى التجارة الدولية وعقود المناقصات والانشاءات والتركيبات والتوريدات وغيرها .

ويعبر عن خطاب الضمان البنكى غير المشروط بمسميات مختلفة ، خطاب الضمان النظيف او خطاب الضمان المستحق عند الطلب او بمجرد الاطلاع او بغير ذلك من التعبيرات التى تُبرز ان المستفيد فيه من حقه صرفه دون اى اعتراض من البنك او اى شخص آخر بمجرد ان يتقدم طالبا الصرف وقبض المبلغ الوارد به فى الميعاد المضروب فيه الا انه يلزم ان يعطى المستفيد للبنك ايصالا بقبض المبلغ.

وخطاب الضمان البنكى سواء اكان مشروطا او غير مشروط مستقل عن العلاقات المحيطية به ويلزم ان يكون صكه او السند المثبت له كافٍ بذاته محددة قيمته ومذكور اجله بوضوح .. وليس معنى الاشارة فيه إلى العقد الاصلى الذى صدر بمناسبته اى ربط بينهما فلا يمس ذلك استقلاليته وطبيعته القانونية وتجرده عن السبب .

وخطاب الضمان غير المشروط يكون غير معلق الصرف الا على اعلان المستفيد رغبته فى صرفه وعادة يتضمن صكه البيانات الآتية :

١- إسم المشروع أو الهدف من الضمان

٢- قيمة خطاب الضمان أى مبلغه

٣- تاريخ إنتهائه محددا باليوم والساعه.

٤- رقمه فى دفاتر البنك المصدر

٥- توقيعات البنك وبيانات أخرى.

وفي بعض الحالات يجري تخفيض قيمة خطاب الضمان طبقا لمسيرة العمل وذلك بتجديده دوريا وفقا لما يتم من اعمال وقد أسلفنا الحديث عن ذلك وكذلك تحدثنا عن احوال تغيير قيمته بالزيادة أو النقصان عن طريق التجديد ، والمهم ان يكون واضحاً فى جميع الأحوال على ما اوضحناه تفصيلا من ان ذلك تجديد اى اصدار خطاب ضمان جديد وليس تعديلا لخطاب الضمان الاول الذى ينتهى فى أجله المضروب ويحل محله خطاب الضمان المجدد. ويلزم التحوط فى صياغة مثل هذا الضمان وتوخى ان يكون النص واضحا ان الضمان غير المشروط مستحق عند الاطلاع فى حدود مبلغ محدد وفى بحر مدة معينة كأن يقول البنك مثلا:

« ندفع لكم بمجرد الاطلاع مبلغ كذا ودون اى معارضة إذا تمت مطالبتكم »

« بالمبلغ حتى تاريخ كذا وهذه القيمة تخفض شهريا اعتبارا من تاريخه أو »

«كل ثلاثة اشهر بنسبة كذا الى ان ينتهى اجل الضمان ما لم يصرف قبل »

« ذلك كله او بعضه .»

هذه الصياغة تغنى عن سحب خطاب الضمان الاول واحلال اخر محله ، ونكون فى الواقع بصدد اكثر من خطاب ضمان غير مشروط بتعدد الاجال وتعدد المبالغ فى كل خطاب بصياغة واحدة وورقة واحدة .

وخطاب الضمان البنكى النظيف من حق المستفيد صرفه كاملا فى اجله ودون اعتراض من

البنك او اى شخص آخر ولكن له ايضا ان يصرفه جزئيا ، وذلك الصرف الجزئى ينهى التزام البنك قبله بالنسبة لكامل خطاب الضمان .

خطاب الضمان المشروط

خلافا لما يذهب اليه بعض الشراح ، نرى أنه يجوز ان يكون خطاب الضمان البنكى مشروطا حتى لا نحد من مجالات استعماله فى التجارة الدولية ، فهو ليس دائما تأمينا لدفعة مقدمة او لضمان الجدية فى عطاء وإنما وظيفته اصلا تغطية كافة مخاطر التجارة الدولية ، واشتراط ان يكون دائما غير مشروط فيه إهْدَارْ لوظيفته الاصلية .

هذا علاوة على ان الشرط هنا شرط استحقاق الصرف وليس شرط انعقاد الضمان ولا تثريب ان يربط بمسيرة التزام الآمر الذى لا يستطيع التدخل فى الصرف ، فالمستفيد هو وحده ودائما صاحب القرار فيه هذا علاوة على ان خطاب الضمان غير قابل للتداول .

والشرط لا يفسد استقلاليته عن العلاقات المحيطية وبه ولا يفسد استقلال علاقة البنك بالمستفيد ، ولا تجرده عن السبب وتلك هى السمات الجوهرية لخطاب الضمان البنكى .

وإذا كان الضمان النقدى يمكن تعليق مصادرته على إخلال المضمون بالتزامه فلماذا لا يكون ألامر كذلك .. فى خطاب الضمان طالما ان ذلك لن يؤثر على طبيعته الخاصة .

ومن جهة اخرى فليس هناك فى الواقع خطاب ضمان غير مشروط ، فخطاب الضمان النظيف المستحق الصرف عند الطلب يلتزم فيه المستفيد :

١- ان يتقدم بطلب الصرف كتابة وهذا شرط .

٢- ان يوقع إيصال باستلام المبلغ ، وهذا شرط آخر .

٣- واجل خطاب الضمان هو شرط فيه .

وفى خطاب الضمان النظيف وكذلك فى الإعتماد المستندى بالضمان ، قد يلزم ان يقدم المستفيد عند الصرف سند باسم الآمر بالمبلغ الذى صرفه ، ولا يخلو أبداً صرف خطاب الضمان البنكى مشروطا كان او غير مشروط من اجراء لازم لصرفه هو فى الواقع شرط للصرف .

وهكذا فقيام الشرط لا يؤثر على طبيعة خطاب الضمان البنكى ويظل مستقلا عن العلاقات المحيطية به ، مجردا عن السبب سنده كاف بذاته ، ويلزم ان ينص فيه على موضوع الشرط وشكله والسند المطلوب لاثباته والجهة المخولة ذلك بل قد ينص فى خطاب الضمان على صياغة السند اللازم للصرف ويبقى البنك دائما بعيدا عن العلاقات الاصلية لا يقحمه عليها الشرط الذى يهم البنك هو الشكل الظاهر للورقة اللازمة للصرف وجهة اصدارها كما هى واردة فى نص خطاب الضمان ، والبنك يراقب ظاهر سند الصرف فقط ، وقد يأخذ قول المستفيد فى ذلك حجة الا فى حالات الغش الفاضح او التزوير الظاهر او علم البنك بأن المستفيد متورط فى صرف غير مشروع وفى ذلك تفصيل .

وليس الشرط تعليقا لالتزام البنك بالصرف فى خطاب الضمان المشروط فهو يصرف ، بالرغم من معارضة العميل الا اذا أوقف القضاء صرفه شأنه فى ذلك شأن الضمان غير المشروط .

فاذا كان الشرط هو تخلف الآمر عن تنفيذ التزامه فيلزم النص فى سند خطاب الضمان عن المستندات الواجب على المستفيد تقديمها لاثبات ذلك ، صياغتها ، وجهة اصدارها ، ويجب الا تكون معلقة على إرادة الآمر موضحا شكلها والتوقيعات اللازمة لاصدارها ومن حق البنك ان يأخذ قول المستفيد واقراره دليلا على صحة الورقة التي تقدم بها تنفيذا للشروطه عند طلب الصرف .

وغالبا ما يكون المطلوب تقديم شهادة من جهة ثالثة محايدة تؤكد تحقق الشرط إيجابا أو سلبا وحق المستفيد فى صرف قيمة خطاب الضمان وحتى إذا كانت هذه الشهادة كاذبة

موضوعيا دون علم البنك ، فلا تثريب عليه فى صرف قيمة الضمان ويكون للآمر ان يرجع على المستفيد طبقا عقدهما وكثيرا ما يكون الشرط تقديم شهادة من الجمارك او شركة مراجعة او بيت هندسى تؤكد ورود البضاعة بحالة جيدة وطبقا للمواصفات ، وذلك فى ضمانات الاستيراد ، وعلى البنك فقط التأكد من صحة نسبة هذه الشهادة الى الجهة المخولة لها اصدارها فى خطاب الضمان وبالصياغة الواردة به وليس اكثر من ذلك .

وقد ينص فى ورقة خطاب الضمان بان صرفه مشروط بحدوث واقعة قانونية او مادية معينة كقيام القوة القاهرة او الظروف الطارئة التى منعت الآمر من تنفيذ التزامه المذكور ، وكان الآمر هو الذى يتحمل تبعة ذلك والتعويض عنه فى عقده مع المستفيد ، او كان خطاب الضمان يغطى دفعة مقدمة قبضها الآمر والشهادة المثبتة للواقعة يلزم ان يكون منصوص عليها فى سند خطاب الضمان محددا الشكل التى تصدر به والجهة المصدره وقد يكفى فى ذلك اقرار من المستفيد أو تقديم شهادة بأن البضاعة لم ترد فى التاريخ المعين المنصوص عنه فى الضمان ولم تدخل من الميناء .

والشروط المتعلقة بمواصفات البضاعة تقدم فى شأنها شهادة من جهة معينة منصوص عنها فى خطاب الضمان. وسلطات موانى الشحن فى خام البترول مثلا تشهد بأن الحمولة الواردة بها نسبة بنزين كذا ونسبة كبريت كذا .. ونسبة نافته ...كذا .....الخ .

واذا كان شرط الالتزام بنقل بضاعة على مراكب بمواصفات خاصة لشركة معينة قد ينص خطاب الضمان على تقديم شهادة من لويدز بأن المركب المنقول عليها البضاعة ثلاجة او تنكر وطول غاطسها ولها شهادة صلاحية حتى تاريخ كذا ، وحمولتها كذا ، او بها عنابر تهوية تحت خط المياه او فوقه .

وفى حالة الشهادات اللازمة لضمان ورود البضاعة صالحة للغرض الذى اشتراها المستفيد من اجله سواء أكانت مواد اولية او آلات او بضاعة للإستهلاك الآدمى (أطعمة غير فاسدة) فان الشهادة من الجهة المنصوص عليها فى خطاب الضمان والمحدد جهة اصدارها

يلزم ان تغطى صياغتها ما هو مطلوب فى خطاب الضمان .

ويصعب تتبع الحالات المختلفة التي يصدر فيها خطاب ضمان بنكى وأنواعها والشروط التى يدور الصرف معها وجودا وعدما ، وإثباتا أو نفيا، لتصرف قانونى او واقعة قانونية او مادية .

ليس من واجب البنك التثبت موضوعيا عند الصرف من صحة الورقة والمطلوب منه مراقبة شكل الورقة ظاهريا والتأكد من صدورها ممن خول له اصدارها فى خطاب الضمان والبنك يأخذ باقرار المستفيد فى هذا الخصوص بشرط الا يكون متورط مع المستفيد فى غش او تزوير او يعلم ان المستفيد متورط فى ذلك او ان يكون الغش مَفْضُوح وظاهر لا يستطيع البنك ان يتجاهل وجوده وكذلك التزوير .

أما ان يكون المستفيد متعسفا في الصرف أو أساء استعمال حقه فى ذلك فلا شأن للبنك بذلك ولا مسئولية عليه إن صرف وعلى الآمر ان يرجع على المستفيد طبقا لعقدهما وهذا هو السائد فى القضاء الانجليزى والذى لا يوافق حتى على وقف التنفيذ للتعسف فى الصرف او أساءة استعمال الحق فيه .

وليس كذلك فى المدرسة الشمولية اللاتينية بدرجات مختلفة .

ولا يمكن تعليق صرف خطاب الضمان على ارادة العميل كما اسلفناه مرار ولكن بعض شركات التمويل والضمان فى امريكا وسواها، وكذلك بعض البنوك الصغيرة تستغل فنية صياغة خطاب الضمان وجهل المستفيد بها ووصفه فى عبارات تؤدى الى اهداره ليس فقط بوصفه خطاب ضمان بل قد لا يكون التزاما من أى نوع من أنواع الضمانات على الإطلاق كأن يشترط صرفه بتقديم ورقة من الآمر يصرح للمستفيد فيها بالصرف وكثيرا ما تكون صياغة الشرط اللازم للصرف والمفسد لخطاب الضمان، ذو الطبيعة الخاصة ، واضحة يسهل التعرف عليها كأن يقال :

« يشترط عدم التقدم بصرف هذا الضمان قبل اول يناير مثلا وفى »

« ذات الوقت يكون اجل الضمان ينتهى فى نوفمبر السابق »

أو يقال :

« ادفع لكم مبلغ كذا فى تاريخ كذا اذا ما وافقنا على ذلك أو اذا »

« وافق عميلنا على ذلك.»

هناك صوراً من هذا التحايل أزكى من ذلك ، ولكن هذه الصور الواضحة ليست دائما كذالك بالنسبة للمستفيد .

والبنك المتحايل أو شركة الضمان والتمويل مسئولة عن هذا الغش والتلاعب اذا رجع المستفيد ذو الغفلة بالتعويض عليها مع الآمر ، مع مراعاة ان القانون لا يحمى المغفلين .

وكذلك يجب اين يلجأ المستفيد لمشورة قانونية متخصصة ومُتَمَرّسَة .

ويمكن كما ذكرنا مرار تعليق الصرف على إرادة المستفيد ، بل هو اصلا كذلك .

ولكل بنك صياغة خاصة بالضمان الذى يصدر عنه يتوخى فيها مصلحته ومصلحة عميله، كما ان هناك الصياغات الموحدة من المنظمات الدولية والاقليمية وليس معنى ذلك ان خطاب الضمان البنكى له صياغة ذات قوالب معينة بل ان صياغته خاضعة لما قد يطلبه المستفيد او يراه الآمر بعد نصيحة البنك له . ويحرص البنك ان يكون خطاب الضمان الصادر عنه واضح الدلالة على انه مجرد التزام بدفع مبلغ معين فى بحر مدة معينة وليس اكثر من ذلك دون توقف على رضاء الآمر ، وفى علاقة مباشرة بالمستفيد ، وخطاب الضمان البنكى هدفه الاساسى تأمين المستفيد وليس حماية العميل. ويجب الانتباه الى القانون الذى يحكم خطاب الضمان فى انعقاده وسريانه ، وكذلك الاختصاص القضائى ومذاهبه وهناك قول سائد : –

اذا كنت مستفيدا فحكم القانون الانجليزى والقضاء الانجليزى. واذا كنت آمرا فحكم القانون اللاتينى والقضاء اللاتينى . مع ملاحظة اختلاف البلاد من بلد لآخر ففرنسا تختلف عن سويسرا عن المانيا بعض الخلاف فى ذلك .

والصياغات الموحدة المقترحة من المنّظمات الدولية والاقليمية قد تكون ملجأ أمينا للمستفيد من التلاعب فى الصياغة من بعض البنوك الصغيرة أو بعض مؤسسات الضمان والتمويل ، ويجب على الآمر أن يفهم ان خطاب الضمان عملا بالغ الخطورة يجب دراسته بعناية مع البنك ومحاميه المتمرس دوليا .. وهو لا يمكنه ان يلزم البنك اذا صرف أو يدعى ان البنك لا يراعى مصلحته فخطاب الضمان شرع لمصلحة المستفيد اساسا .

وصياغة نص خطاب الضمان النظيف أو المشروط ليس عملا بسيطا يتعاطاه رجال الاعمال مهما كانت خلفياتهم التجارية ، فعالمه زاخر بمشاكل الصرف غير الواجب على ما نوضحه القضايا.

خطاب الضمان المقابل

الصورة الاولى

قد يصدر الضمان من البنك الاجنبى مباشرة للمستفيد المحلى ، ويمثل البنك الاجنبى وكيلا أو مراسلا غالبا ما يكون بنكا محليا ، تقتصر مأموريته على مجرد تبليغ المستفيد بخطاب الضمان الصادر له من البنك الخارجى ، وتسليمه صكه والمراسلات الأخرى التى يريد البنك الاجنبى تبليغا للمستفيد او العكس .

مركز المستفيد فى هذه الصورة :

فى هذه الحالة يتحمل المستفيد مخاطر جهله بالقوانين المعمول بها فى بلد البنك الاجنبى الملتزم بالضمان والتى تحكم خطاب الضمان الصادر له مباشرة من البنك الأجنبى اذا كان هو القانون الواجب التطبيق عند قيام النزاع .

ومن ناحية اخرى يواجه المستفيد صعوبات الاتصال بالبنك الأجنبى ، زمانا ومكانا هذا علاوة على لغة التخاطب ومن ناحية ثالثة يواجه المستفيد مشاكل الاختصاص القضائى فى اى نزاع يقوم بينه وبين البنك الآمر .

واخيرا صعوبات الصرف والسعى اليه فى بلد اجنبى ومشاكل تحويل العملة وفروقات سعر الصرف التى قد تخل بالتوازن فى العلاقات التجارية هذا علاوة على الفوائد بأنواعها وتحويل العملة إن كان لها محلا فى العلاقة والضرائب التى قد تفرضها قوانين البلد الاجنبى عند صرف قيمة الضمان خصما منه كايطاليا مثلا .

مركز الآمر فى هذه الصورة :

هو يرغب فى هذه الصورة لانها تتيح له ان يكون هو المهين على الموضوع وذلك عكس ما يستهدفه المستفيد .

الصورة الثانية

يطلب المستفيد غالبا ، خطاب ضمان بنكى معزز من بنك محلى ، وفى هذه الصورة يكون البنك الاجنبى والبنك المحلى كلاهما مسئول قبل المستفيد وفى مُكْنتِه ان يرجع على احدهما او كلاهما عند الصرف فى أجل خطاب الضمان .

وفى هذه الصورة يعزز البنك المحلى للمستفيد التزامه بصرف قيمة خطاب الضمان فى بحر أجله بذات الشروط والصياغة التى صَدَرَ بها للمستفيد من البنك الاجنبى فضمان البنك المحلى يتم وفقا لتعليمات البنك الاجنبى او طبقا لنماذجه هو فى عبارات وصياغة الضمان ، او بصياغة خاصة يكون قد أُتفق مع الآمر عليها .

والبنك المحلى فى هذه الحالة لا يكون مجرد مراسل أو وكيل وإنما هو ملتزم بالضمان

شأنه شأن البنك الاجنبى ، ويغطى البنك الاجنبى البنك المحلى فى هذه الصورة بأن يصدر له خطاب ضمان مقابل يكون من حقه صرفه اذا ما أوفى هو للمستفيد او ان يطالبه بالوفاء له بالقيمة عند طلب المستفيد منه أو كان رجوع المستفيد عليهما معا وتكون علاقة البنكين محكومة بخطاب الضمان الصادر منهما معا للمستفيد او المعزز من البنك المحلى او بخطاب الضمان المقابل ، وكذلك بأى اتفاق أخر منظم علاقتهما عامة او بخصوص عملية بذات ، كاتفاقات مجموعة البنوك عند اصدار خطابات ضمان كبيرة القيمة تخرج من طاقة بنك واحد

الصورة الثالثة

وفى هذه الصورة لا يكون هناك اى علاقة بين المستفيد والبنك الاجنبى ، الذى يطلب من البنك المحلى مراسله ان يصدر مباشرة للمستفيد خطاب ضمان بالصياغة التى يحددها البنك الاجنبى وذلك مقابل خطاب ضمان منه للبنك المحلى وتكون علاقة البنكين محكومة بهذا الضمان المقابل بينهما .

وقد تختلف صياغة الضمان الصادرة للمستفيد من البنك المحلى عن تلك المبلغة من البنك الاجنبى والواجب اصدارها منه اوتبليغها بمعرفته للمستفيد .. ويكون هذا الاختلاف طفيفا وليس جوهريا والا لزم على البنك المحلى مراجعة البنك الاجنبى صاحب الحق فى تحديد صياغة الضمان ، وهذا الأختلاف انما يكون للتوفيق بين قوانين بلدى البنكين ومن اليسير الإتفاق بين البنوك فى هذا المجال وذلك لاستقرار عرف وقواعد خطاب الضمان البنكى فى الممارسات الدولية ، لذلك يأخذ البنك المحلى الُمْصْدِرْ لخطاب الضمان المقابل محليا سلطة واسعة وحرية كاملة من البنك الاجنبى مع تأكيد حتمية صرفه لخطاب الضمان المقابل من البنك الاجنبى اذا اضطر الى الصرف للمستفيد المحلى .

ولكن ليس معنى ذلك إطلاق يد البنك المحلى بلا حدود فالعرف البنكى وشرف المعاملة والأمانة البنكية ومركز البنك دوليا ، هى مناط وسياج المعاملات البنكية فى التجارة الدولية.

وعادة يترك البنك الاجنبى للبنك المحلى الحرية فى أسلوب اصدار الاخير لخطاب الضمان المحلى على ورقه ، وطبقا لنماذجه ويطلب تزويده بصورة من الضمان الصادر للمستفيد المحلى وربما تتسع الفرصة للبنك الاجنبى لمراجعة نص الضمان المحلى قبل تسليمه للمستفيد .

وقد يعتبره البنك المحلى غريبا عن العلاقة بينه وبين المستفيد ويعتبر خطاب الضمان الصادر منه عملية داخلية ، وتَتَحَدَّدُ علاقة البنكين بعقدهما معا او طبقا لشروط خطاب الضمان الصادر من البنك الاجنبى للبنك المحلى ، حتى لا يقحم كل بنك نفسه على القواعد والقوانين واللوائح والتعليمات المعمول بها فى بلديهما خاصة فى التفصيلات والبنوك المحلية التى تصدر خطاب ضمان مقابل لمستفيد محلى بناء عن خطاب ضمان صادر لها من بنك اجنبى او بناء عن اتفاق بينهما ، تحرص على أن تأخذ سلطات واسعة فى عقدها او فى خطاب الضمان الصادر فينص فيه على تخويلها ان تدفع للمستفيد عند مطالبته في الميعاد دون مراجعة البنك الاجنبى اذا ما صرف المستفيد خطاب الضمان الصادر منها له تحت اى ظرف ، وقد يفوض البنك الاجنبى البنك المحلى فى التجديد (المد) عند اللزوم دون الرجوع للبنك الاجنبى ، وكذلك قد يتم الاتفاق عن مصاريف وعمولات البنكين وتنظيمها.

العلاقات الاربعه فى خطاب الضمان المقابل

والضمان المقابل يفرز العلاقات الآتية :

١- علاقة البنك الآمر الاجنبى بالبنك المحلى .

٢- علاقة البنك الآمر الاجنبى بالمستفيد المحلى .

٣- علاقة البنك الآمر الاجنبى بعميله فى الخارج .

٤- علاقة البنك المحلى بالعميل الآمر الاجنبى غير المقيم .

والعلاقة الاخيرة الرابعة تكون عندما يطلب اجنبى مقيم فى الخارج مباشرة من البنك المحلى اصدار خطاب ضمان لمستفيد محلى ، وهذه العلاقة ينظمها طلب الآمر الاجنبى غير

المقيم مع البنك المحلى ،ولكنها لا تقوم غالبا لصعوبتها الا من خلال بنك آخر ذلك لاختلاف القوانين التى قد تحدد اصدار خطاب الضمان لأجنبى غير مقيم او تطلب تغطية بالكامل او تضع عقبات اخرى .

وبالنسبة لهذه العلاقات تتنازع القوانين التى تحكمها وتتبع قواعد الاحالة اذا توافر النص عليها وتطبق كل بلد قوانينها فى هذا الخصوص فالمحاكم الإنجليزية تأخذ بقاعدة : -

القانون المناسب للعقد والاكثر التصاقا به ويعتبر هو القانون الانجليزى فى القضايا المعروضة على المحاكم الانجليزية الا اذا اعترض احد الاطراف على ذلك ، وهو قانون البلد الذى يتم الوفاء فيه ، او هو قانون بلد الوكيل الا اذا كان متفقا على غير ذلك .

وأما بالنسبة للمستفيد والبنك المحلى فهما غالبا من بلد واحد .

وفى سويسرا تكيف علاقة البنك الاجنبى ومراسله فى الخارج على اساس أنها عقد وكالة . حق المستفيد يكون قبل البنك المحلى وليس البنك الآمر الأصلى فى سويسرا ، وهذا اذا لم يكن البنك في سويسرا التزم مباشرة في مواجهة المستفيد وقواعد الوكالة تلزم البنك السويسرى بتعويض البنك الأجنبى اذا ما دفع قيمة خطاب الضمان مع المصاريف والعمولات وغالبا ما يتم ذلك بوسيلة الضمان المقابل ولا يسأل البنك السويسرى عن تصرفات البنك الاجنبى والضمان الصادر منه للمستفيد المحلى وذلك تأسيسا على أنه (اى البنك السويسرى) غريبا عن هذه العلاقات بالرغم من انه هو الذى أمر بها ونفذت بناء على تعليماته ، وهو المسئول فى مواجهة الآمر له عن حسن اختيارة للبنك المراسل الوكيل في الخارج ، وكذلك هو مسئول عن تعليماته اليه .

وتكلفة اصدار الضمان المقابل تقع على عاتق الآمر سواء تلك المستحقة للبنك الاجنبى او لمراسلة وكيل البنك المحلى الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك .

وفى الصورة التى يتحمل الآمر فيها مصاريف وعمولات البنكين يكون الضمان المباشر من البنك الاجنبى للمستفيد فى الخارج اقل نفقة .

النظام الالكترونى فى تسجيل وتبليغ

خطاب الضمان

تقدم شركة روسكى (S. Roksy) احد مؤسسات بنك مانهاتن والتى تقوم بتسجيل وتداول سندات الشحن منظمة S.W.E.F.T.

Society For Worldwide Meterbank Finance Telecomunication

لحوالى خمسين دولة خدمات تبليغ وتسجيل خطابات الضمان والاعتمادات المستندية بكافة تفاصيلها بين البنوك المختلفة فالبنك الاجنبى يتلقى تعليمات عميله على النموذج المعد لذلك فاذا وافق على اصدار خطاب الضمان البنكى على اساسها أرسلها من خلال (سويفت) الى البنك المراسل المحلى اذا كان مشتركا فى هذا النظام موضحا البنك الآمر للبنك المحلى ما اذا كان الاخير سوف يكون مجرد مراسل ووكيل عن البنك المحلى مهمته تسليم خطاب الضمان المرسل اليه للمستفيد ، أو انه سوف يعزز للمستفيد خطاب الضمان الصادر من البنك الاجنبى او انه سوف يصدر خطاب ضمان محلى للمستفيد فى علاقة مستقلة مقابل خطاب ضمان للبنك المحلى ، من البنك الاجنبى .

ويسجل خطاب الضمان فى النظام الخدمة الالكترونية الذى يسمح ايضا باعطاء معلومات عن حسابات العملاء وحركتها إيداعا وسحبا مع مراعاة السرية وهذا النظام اقل مشاكل من تبليغ خطابات الضمان بالتلكس او الفاكس .

ولكن القانون الانجليزي ، وكذلك قوانين بعض البلاد الاخرى تقضى بضرورة ان يكون

صك الضمان صادر عن البنك كتابة على ورقة وموقع منه ، وارساله بالتلكس او الفاكس يقتضى دائما تعزيزه كتابة ، واسلوب التبليغ الالكترونى من خلال سويفت (S.W.I.F.T) يقتضى ذلك ايضا .

١- ففى حالة صدور ضمان مباشر من البنك للمستفيد سوف يقوم البنك المحلى بتبليغ المستفيد بالضمان وارسال سندا مكتوبا على ورقة طبقا للتعليمات المبلغة له من البنك الاجنبى موضحا انه يعمل وكيلا عن البنك الاجنبى مسئولا عن قيام الضمان فى ذمة البنك الاجنبى وحينما يصله صك خطاب الضمان من البنك الاجنبى مكتوبا يسلمه للمستفيد .

٢- وفى حالة التزام البنك المحلى مع البنك الاجنبى قبل المستفيد يوضح ذلك فى خطاب الضمان الصادر عنه للمستفيد ويلتزم فيه نيابة عن نفسه وعن وكيله البنك الاجنبى .

٣- اما اذا كان البنك المحلى ، سوف يلتزم وحده للمستفيد بخطاب الضمان فسوف يرسل له خطاب ضمان منه مقابل خطاب ضمان له اى للبنك من البنك الاجنبى فى علاقتين منفصلتين .

وبالنسبة لعلاقة البنكين فالثقة متبادلة ولكن يلزم التعزيز الكتابى إعمالا للقانون الذى يستلزم ذلك للاثبات. - الا ان تنفيذ البنك المحلى لتعليمات البنك الاجنبى تُحَمْل البنك الاجنبى مسئولية تعويض البنك المحلى اذا أُضْطِرَ البنك المحلى للصرف دون استلام تعزيزا مكتوبا لخطاب الضمان من البنك الاجنبى .

وذلك ليس فقط اعمالا للعرف الدولى للبنوك وإنما للقانون ايضا ، فالقانون الانجليزي لا يقبل تنصل وإنكارالشخص مسئوليته عما يصدر عنه ويقول الفقهاء .

« ان من يسعى الى نقض ما تم على يديه يُرَدُّ اليه »

هذا علاوة على أن ألتشريع العام المقرر منذ سنة ١٦٧٧ فى إنجلترا والذى مازال متواترا يقضى بتعويض من نهج أو سلك في معاملاته وسائل متفق عليها وسائدة فى معاملات النشاط الذى زاوله .

وفى الدول اللاتينيه نكون بصدد نشاط بنكى يحكمه العرف الدولى. – والتسجيل والتبليغ الالكترونى أصبح سائدا بين الدول ويجوز فى المسائل التجارية والبنكية غالبا،إاثبات العلاقات التجارية بكافة طرق الاثبات .

ويلزم دائما ان يعزز البنك الآمر للبنك المحلى خطاب الضمان المقابل كتابة وعلى الاخير ان يطلب ذلك حتى ولو كان التبليغ الاول بصورة فاكس فالمطلوب ورقة موقعة .



إنهاء خطاب الضمان البنكى وضمان الضمان- والاختصاص والقانون الواجب التطبيق

الفصل الثالث

إنهاء خطاب الضمان - وضمان الضمان - والاختصاص والقانون الواجب التطبيق

إنهاء خطاب الضمان عموماً

يسرى مفعول خطاب الضمان البنكى حتى التاريخ المحدد فى نصه او فى تجديده ويحسن ان يحدد بالساعة واليوم والشهر ، وللبنوك فى ذلك مناهج مختلفة :

١ - بعض البنوك تقبل المطالبة التى تتم فى اجل خطاب الضمان وان وصلت الى علم البنك بعد هذا الاجل وتعطى مهلة للمستفيد من ١٥ الى ٣٠ يوم للصرف .

٢ - خطاب الضمان المباشر بين البنك والمستفيد ينتهى بانتهاء أجله اذا لم يكن مرتبطا بضمان مقابل اما اذا كان كذلك فلا ينهيه البنك حتى ينتهى الضمان المقابل .. ذلك إن بعض البلاد مثل تركيا لا تعترف بانتهاء خطاب الضمان بانتهاء أجله بل تربطه بالعقد الاصلى ، وبعض البلاد لا تُنْهِى خطاب الضمان حتى يسلم للبنك سنده وقد تختلف الاجراءات فى البلدين ويلزم تلازم انتهاء الضمانين زمانا مع الاخذ فى الاعتبار القانون الواجب التطبيق وحرص البنوك على استمرار حسن العلاقة بينهما .

٣ - تسليم صك أو ورقة خطاب الضمان ليس شرطا لازما لانهائه ، ولكن يلزم الانتباه الى قوانين البلاد المختلفة فى هذا الخصوص خاصة فى حالة وجود ضمان مقابل أو التزام على البنك المراسل .

٤ – يحسن أن تحتفظ البنوك بسجل للبلاد التى ينتهى فيها خطاب الضمان بانتهاء أجله ، وآخر بتلك البلاد التى تربط انتهائه بانتهاء العقد الاصلى او تشترط تسليم سنده حتى يكون ذلك موضع اعتبارها عند اصدار الضمان وصياغته وكذلك للتأشير بانتهائه فى دفاتر البنك .

وفى هذه الظروف قد يعلق البنك انهاء خطاب الضمان لمدة ثلاث أشهر حتى يسوى البنك المحلى موقفه مع العميل ، ويُخْطِر البنك الاجنبى مراسله المحلى خلال اسبوع من إنتهاء أجل الضمان لديه بذلك ويحسن ان يتضمن نص خطاب الضمان إشارة واضحة الى أنه ينتهى بانتهاء أجله حتى ولو إحتفظ المستفيد بالصك ويعتبر كأن لم يكن، الا إذا كانت قوانين احد البلدين لا تقيم اعتباراً لذلك النص .

٥ – مخاطرة البنك فى اصدار خطاب الضمان يجب ان تكون محسوبة بدقة من كافة الوجوه السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية والقضائية وأخذ كل هذا وخلافه ذلك فى الاعتبار عند اصدار البنك لخطاب الضمان .

هذا علاوة على ضرورة مراعاة الغطاء وظروف التسهيلات والابقاء عليهما حتى انتهاء الضمان الاصلى والمقابل والتزامات البنكين فيهما حتى لا يتعرض كلاهما او أحدهما لخسارة قد تكون فادحة .

٦ – ويلزم ان يحدد الآمر بدقة بيانات طلب إصْدَار الضمان وقيمته وشروطه ان وجدت حتى لا تجمد امواله وتسهيلاته فى تغطية الضمان لمدة قد تطول .

هذه الصعوبات توضح أهمية انتهاء الاجل المقرر لسريان خطاب الضمان فى ورقته ، كما هو مستقر عليه العمل فى العُرْف الدولى لهذا النظام وتَعَارُضْ ذلك فى بعض البلاد مع قوانينها ويصبح الانتهاء الفعلى فى تاريخ لاحق، الأمر الذى يلزم ان تضعه البنوك فى إعتبارها وكذلك الآمر عند اصدار خطاب الضمان البنكى .

ولذلك قد يلزم النص فى ورقة خطاب الضمان الصادر عن ألبنك ، بان انتهاء هذا الضمان فى التاريخ المذكور حَتْمى ويعتبر الضمان كأن لم يكن حتى اذا إحتفظ المستفيد بسنده كما اسلفنا .

ويلزم النص على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد كذا والإختصاص معقود اتفاقا لجهة كذا تحكيما او قضاءا وقد يلزم النص فى سند خطاب الضمان على مكان صدوره ومكان تنفيذه لتحديد القانون الذى يحكمه والمحاكم المختصة به .

وتجديد خطاب الضمان والابقاء عليه ساريا ليس مريحا للبنك او للآمر الذى تتراكم عليه العمولات والمصاريف علاوة على حبس الغطاء فاذا كان البنك مُفوّضا من الآمر فى التجديد فعليه ان يَحِدْ بقدر الامكان من ذلك متوخيا مصلحة عميله فهناك مخاطر على البنك اذا ما استعمل هذه الرخصة فى التجديد عشوائيا فقد يجد نفسه متورطا فى العملية التجارية أو تعويض الآمر ومن مصلحة البنك دائما ان يَتَوَخى ألا يكون خطاب الضمان الصادر عنه خاضعا لقوانين البلاد التى لا تعترف بانتهائه عند نهاية أجله أو تربطه بالعقد الاصلى فيبقى قائما لآجال طويلة حتى يتقادم .

وبعض البلاد تبعث خطاب الضمان المشروط الذى إنتهي بانتهاء مدته وتَقَدَمَ المستفيد بالمستندات اللازمه للصرف بعد الأجل فيلزم التحوط لذلك .

(١) إنتهاء خطاب الضمان البنكى بانتهاء اجله دون صرف

اوضحنا ذلك فيما سبق ، وينتهي خطاب الضمان اساس بانتهاء الاجل المنصوص عنه فيه دون ان يتقدم المستفيد لصرفه ، ولا يلزم لذلك تقديم ورقة خطاب الضمان أو سنده ويقوم البنك بشطبه من دفاتره وتسوية علاقاته بعميله فى شأنه مع ملاحظة ما اسلفناه .

(٢) انتهاء خطاب الضمان البنكى بصرف المستفيد له

اذا تقدم المستفيد لصرف خطاب الضمان كليا او جزئيا وذلك فى أجله وصرفه فعلا فان

ذلك ينهى خطاب الضمان، وألصرف الجزئي لخطاب الضمان منهى له ويحسن ان تكون عبارة خطاب الضمان تسمح بذلك كأن يقال (ندفع لكم فى حدود مبلغ اقصاه كذا) حتى لا يقال أن الصرف الجزئي فيه تعديل لقيمة خطاب الضمان وإن كان ذلك ليس كذلك لأن اسقاط صاحب الحق جزءا من حقه وإبراء البنك منه ليس تعديلا فى خطاب الضمان ، وقد سبق ان اوضحنا ان خطاب الضمان قد يكون متناقص القيمة طبقا لمسيرة التنفيذ ، وقديكون متزايد القيمة فى حالة خصم نسبة المستحقات الواجب صرفها لضمان التشغيل بعد انتهاء المشروع مقابل خطاب ضمان متزايد القيمة ، فمبلغ خطاب الضمان الذى يتم صرفه بطلب المستفيد قد يكون متحركا بين حدين أوله حد أعلى ولا يعد ذلك ابدا تعديلا لخطاب الضمان ، ونعود لنؤكد أن العبرة دائما بصياغة نص خطاب الضمان .

(٣) انتهاء خطاب الضمان بالمقاصة

يصعب تصور مُكْنَةُ انتهاء خطاب الضمان بالمُقاصه فى جميع صورها

فبين البنك والمستفيد :

لا يمكن تصور وقوع مقاصة لان قيمة الضمان مملوكة للبنك الى ان يتم صرفها للمستفيد ولا تدخل قيمته وعاء ذمة المستفيد المالية قبل القبض ، اما طلب الصرف فلا يخرج القيمة من ذمة البنك فاذا دخل المبلغ ذمة المستفيد فى حساب له فى البنك فان المقاصة فى هذه الصورة لا تكون على مبلغ الضمان بالذات الذى فقد هويته واختلط بمال المستفيد ووعاء زمته الماليه.

وأما القول بأن المقاصة تحدث فى ساعة الوفاء من البنك بقيمة الضمان ، اى ان يمد البنك يده بالقيمة للمستفيد ثم يردها الى نفسه مقاصة لدين له عليه فهو قول غير مقبول لاستحالة التوافق الزمنى ، ثم ان المقاصة تجرى بين ذمتين ماليتين ويتحتم ان يدخل مبلغ الضمان ذمة المستفيد فاذا داخلها اختلط بماله واصبحت المقاصة ليست على مبلغ الضمان بالذات وعلى ذلك لا ينتهى خطاب الضمان بالمقاصة .

(٤) انتهاء خطاب الضمان باتحاد الذمة

اذا إتحدت ذمة الآمر بذمة المستفيد انتهى خطاب الضمان ليس لأن هناك مقاصة وإنما لأننا أصبحنا فى مواجهة وعاء ذمة مالية واحدة يدخل قيمة خطاب الضمان فيها ضمن عناصرها ، ووعاء الذمة المالية هو الفرق بين عنصريها السالب والموجب ، وكما أن الشخص لا يضمن نفسه ماليا فهو كذلك لاتتقاص عناصر ذمته سلبا وإيجابا وإنما تتعادل لتفيض او تنقص .

(٥) انتهاء خطاب بالابراء

وذلك ايضا لا يمكن تصوره فالمستفيد لا يملك قيمة خطاب الضمان ، حتى يصرفه فعلا ويقبضه ، أما قبل ذلك فهو من مال البنك ، وقبول المستفيد له أو رفضه عند انعقاده لا يؤثر في قيامه أصلا فاذا جاء المستفيد واخطر البنك فى اجل الضمان انه يبرؤه منه فهذا لا أثر له على قيام خطاب الضمان حتى ينتهى بانتهاء اجله، وذلك ليس اكثر من رفضه له الذى لا يؤثر فى قيامه اما اذا قبضه فليس هذا ابراءً بل هو وفاء والامتناع عن صرف خطاب الضمان من المستفيد هو ايضا ليس ابراء وينتهى خطاب الضمان بانتهاء الاجل وليس بالامتناع عن صرفه من المستفيد. ويلزم منتهى الدقة وعدم خلط الاوراق والمفاهيم فى خطاب الضمان ليبقى له فاعليه فى التجارة الدولية طبقا لمفهومه المستقر دوليا وطبيعته الخاصة واستقلاله عن العلاقات المحيطية به .

(٦) انتهاء خطاب الضمان بالتقادم أو السقوط

اشرنا الى مكنه سقوط خطاب الضمان بمضى المدة طبقا للقانون في حالات صدوره بلا أجل أو إعتبره قانون البلد قائما حتي يتم تسليم سنده أو ربطه بالعقد الاصلى ومدة التقادم او السقوط تختلف باختلاف قوانين البلاد المختلفة التى لا تنهى خطاب الضمان بانتهاء أجله وغالبا ما تكون المدة هي مدة سقوط غير قابلة للإنقطاع والتجديد وليست مدة تقادم قابلة لذلك.

(٧) انتهاء خطاب الضمان باستحالة التنفيذ

إستحالة تنفيذ الالتزام الأصلى المضمون لاعلاقة له بخطاب الضمان الصادر بمناسبته فالعلاقتين منفصلين ومستقلتين:

وتعليق صرف خطاب الضمان على شرط مستحيل الحدوث منذ انعقاده أو أصبح كذلك بعد قيامه ربما نقول انه خلق معدوما فى يوم صدوره فلسنا اذن بصدد خطاب ضمان نقول انه منتهى باستحالة التنفيذ ،أصح أن نقول أن خطاب الضمان لم تتم ولادته او أنه ولد ميتا ، أما إذا أصبح الشرط المعلق عليه صرفه مستحيل التحقيق بعد قيامه فيظل قائما حكما حتى بلا روح فيه الى أن ينتهى أجله .

وفقد ورقة خطاب الضمان من المستفيد لا يترتب عليها استحالة صرفه اذا تقدم المستفيد للصرف فى الميعاد ويؤخذ البنك كافة ما يلزم فى مثل هذه الحالة لالغاء أى أثر لوجود السند المفقود طالما أنه على يقين أنه يصرف للمستفيد صاحب الحق الوحيد في الصرف فخطاب الضمان غير قابل للتداول او التظهير ولا يغير فى ذلك ان يكون البنك قد حاز ورقة خطاب الضمان المفقودة سواء أكانت حيازته مشروعة أو غير مشروعة . فطالما أن المستفيد تقدم فى أجل خطاب الضمان طالبا صرفه طبقا لشروطه فالبنك ملزم بذلك .

ومن يَجِدْ خطاب الضمان المفقود أو يحوزه فلن يستطيع صرفه لانه شخصى غير قابل للتنازل او التداول أو التحويل أو الرهن .

وعلى ذلك فخطاب الضمان لا ينتهى بالمقاصة ولا باتحاد الذمة ولا بالابراء ولا باستحالة التنفيذ اللاحقة على صدوره .

ولكنه ينتهي بانتهاء أجله دون صرف مع مراعاة احكام قوانين بعض البلاد فى هذا الخصوص وهى قلة وينتهى بصرفه فى أجله سواء أكان الصرف كليا أو جزئيا وينتهى كذلك بالتقادم أو السقوط .

وإذا انتهى خطاب الضمان يقوم البنك بالغائه فى دفاتره ويترتب على ذلك ارتفاع السقف المسموح للبنك فى حدوده إصدار خطابات الضمان ، كما يقوم البنك بإخطار رقابة النقد اذا كان ذلك مقرر عليه قانونا .

وبالنسبة للعميل يسوى البنك حساباته معه سواء بالنسبة للعمولات او المصاريف أو الغطاء او فروق سعر الصرف التى يتحملها العميل، اذا لم يتم الاتفاق على غير ذلك، وكذلك بالنسبة للضرائب فبعض البلاد (ايطاليا) مثلا تفرض ضريبة على المستفيد عند صرف خطاب الضمان ، وقد سبق ان أشرنا إلى ذلك .

ويأخذ البنك عند ألصرف للمستفيد مخالصة مكتوبة بقيمة ما قبضه ويضمنها النص على انتهاء خطاب الضمان وقد أصدر اتحاد البنوك التجارية قرار بتاريخ ١٨ / ٢ / ٥٨ يدعو فيه البنوك برد خطابات الضمان المقابلة للبنوك الاجنبية حتى اذا لم يحصل البنك المحلى على صك ضمانه هو من المستفيد .

وتحترم البنوك ذلك خاصة إذا اخذ البنك المحلى مخالصة من المستفيد أو إقرار بأنه فقد خطاب الضمان وإنه منتهى وغير قائم ويلزم ان تلاحظ البنوك فى ذلك معاملتها مع البلاد التى لا تعترف بانتهاء خطاب الضمان بانقضاء اجله وتربطه بالعقد الاصلى او بضرورة تقديم سنده.

ضمان الضمان

إن ضمانات البنوك أيضا يجرى ضمانها ومن صور ذلك أن يشترك اكثر من بنك فى اصدار خطاب ضمان بقيمة كبيرة وقد يصدر مباشرة منهم جميعا للمستفيد او المستفيدين وقد يكون كل بنك مسئولا عن كامل قيمة خطاب الضمان فى مواجهة المستفيد الذى يرجع على أحدهما فيسقط حقه اذا استوفاه قبل الاخرين او يباشر مطالبة باقى البنوك بقدر مالم يصرفه من البنك الاول .

وقد يكون كل بنك مسئول عن قدر معين من قيمة خطاب الضمان سواء اكان خطاب ضمان واحد او أصدر كل بنك خطاب ضمان بالقيمة التى التزم بها المستفيد الواحد أو المستفيدين.

وقد يكون هناك (Leading Bank) اى البنك المتصدى يكون وحده صاحب العلاقة المباشرة بالمستفيد .

وفى جميع الاحوال يتم الاتفاق مع مجموعة البنوك ..(The Consortium of Banks)

على تقسيم مخاطر خطاب أو خطابات الضمان بينها .

ومن ضمانات البنوك عند اصدار خطاب الضمان البنكى قيمة الغطاء النقدى أو الشخصى أو العينى فليس الغطاء فى الواقع الا ضمان للضمان .

واسلفنا اننا نرى ان علاقة الآمر بالبنك هى عقد خدمة مصرفية .

ومن قبيل ضمان الضمان خطابات اعلان النوايا التى تصدرها الشركات القابضة لتظاهر به احدى شركاتها فى مواجهة البنك تقول فيه انها تعلم وتوافق على اصدار خطاب ضمان بنكي للشركة الشقيقة وتتعهد فيه بِمَّد الشركة المضمونه بالاموال للوفاء بالتزامها الاصلى المضمون او بدفع قيمة خطاب الضمان عند اللزوم . وربما أضافت انها سوف تتابع تنفيذ الالتزام الاصلى وتباشر تنفيذه بنفسها عند اللزوم والعبرة فى مدي التزام الشركة الأم بصياغة اعلان النوايا وعباراته .

وخطابات إعلان النوايا سائدة فى العلاقات الدولية خاصة فى الولايات المتحدة ، وتشترط المحاكم لاعمال مقتضاها في حدود الالتزامات المقرر فيها على الشركة الام ان تكون صادرة عن مجلس ادارة الشركة ألأم موقعة ممن له حق التوقيع واضح من ألصياغه نية الشركة فى الإلتزام بما التزمت به الشركة الشقيقة عند تخلف هذه عن القيام بالتزامها فى رد قيمة خطاب الضمان اذا صرفه المستفيد .

واعلان النوايا فى فرنسا هو وعد ملزم لمصدره بشرط ان يكون مخولا قانونا اصداره

ويعتبر خطاب اعلان النوايا في المانيا ، ضمانا من الشركة القابضة للشركة الآمره للبنك المصدر.

ويلزم قانون الشركات ألألماني الصادر سنة ١٩٨٥ الشركات بتقييم خطابات اعلان النوايا بقيمة مالية وادراجها فى الميزانية .

وتسود في انجلترا قاعدة اساسية باعتبار كافة الاتفاقات التجارية ملزما أصلا الا اذا ظهر غير ذلك ، فاذا كان خطاب اعلان النوايا صريحا واضحا فهو ضمان من الشركة الام وينظر القاضى الى الصياغة وعباراتها ومفهومها ونية الطرفين فى مدى الالتزام بما ورد فى خطاب اعلان النوايا .

ومن قبيل ضمان الضمان ايضا ضمانات الحكومة للهيئات او شركات القطاع العام او الخاص بمسئوليتها عن وفاء هذه الجهات بالتزاماتها قبل البنك عند صرف خطاب الضمان والتزامها للبنك برد قيمته . وتقدم الحكومة ضماناتها من خلال مؤسسات التأمين مثل كوفاس C.O.V.A.S. فى فرنسا وتعوض هذه المؤسسات البنوك وتغطي خسائرها عند اصدار خطاب الضمان وتشترط ان يكون ضمان البنك قد صدر طبقا للشروط والقواعد المنصوص عليها فى قانون الهيئة وأخصها ان تكون المخاطر التى يغطيها خطاب الضمان البنكى لتأمين وتسهيل الصادرات وفقا للقواعد المرسومة في قانون انشاء هذه المؤسسات وقد يلزم عند صرف البنك لقيمة خطاب الضمان من هذه المؤسسات الحصول على حكم محكمة او حُكَم تحكيم لصالح البنك من الشركة الآمرة التى ضمنتها المؤسسة ، وهذه المؤسسات تضمن ضمانات البنوك وتغطى مخاطر التصدير في المطالبات الخاطئة او الخسائر فى الحدود المرسومة في قانون إنشائها .

ووكالة (ايكودE.C.O.D) في إنجلترا تدرس قبل الصرف ما اذا كان المشترى مؤمن على التزاماته من عدمه وخطأ المصدر الآمر فى ظروف منحه لخطاب الضمان البنكى وتدرس صياغة خطاب الضمان وهل هى مقبولة او غير مقبولة.

ووكالة (كوفاس C.O.V.A.S.) فى فرنسا تغطى اصلا الطرف المؤمن المصَدِرْ او المستورد بنسبة قد تصل الى ١٠٠٪ من خسائره فى التنفيذ اذا كان الخطأ لا يرجع اليه ، فهى لا تغطى البنوك مباشرة عن مخاطر صرف خطاب الضمان ولكن تشمل تغطيتها خطابات الضمان .

والقانون المناسب هو الأكثر التصاقا بالعقد الأصلى ويكون هو القانون الإنجليزى فى حالة خطاب الضمان اذا كانت انجلترا هى بلد الوفاء بقيمته اى بلد التنفيذ ويكون القانون المناسب هو بلد البنك الآمر فى خطاب الضمان المقابل لان البنك المحلى يغطى نفسه من البنك الآمر الاجنبى وغالبا ما يكون خطاب الضمان فى المعاملات الدولية تتنازع على حكمه قوانين مختلفة ولذلك يحسن ان ينص فى نصه على القانون الذى يحكمه والا فلسوف يتولى القاضى ذلك.

وضمان الضمان تقوم احيانا شركات التأمين وتعوض البنوك عند الصرف لخطابات الضمان إذا كان مؤمنا لديها على ذلك - وينشط فى هذا الحقل (اللويدز Lioyds) فى بريطانيا والمجموعة الدولية الامريكية وشركات تأمين وضمان الديون فى انحاء العالم .

القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائى في المنازعات حول خطاب الضمان البنكى

غنى عن البيان ان قوانين كل بلد والقواعد السائدة فيها تحكم هذين الموضوعين ، وسوف نتناول ذلك عند دراسة خطاب الضمان فى كل بلد من البلاد ولكن قد يحسن ان نضع المفاهيم العامة السائدة التى تطبق في هذا الخصوص غالبا ، خاصة ، ودراستنا لخطاب الضمان ومسيرته وتطبيقة والمنازعات التى تقوم بشأنه فى البلاد المختلفة ، لن تغطى جميع بلاد العالم.

القانون الواجب التطبيق

تطبق كل بلد نصوص تشريعاتها والقواعد السائدة فيها لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليها ، ولا تخرج عن ذلك منازعات خطابات الضمان .

فالمحاكم الانجليزية مثلاً تطبق قاعدة تقول « بوجوب إعمال القانون المناسب وتأسيساً على ذلك قد يطبق القاضى قانونا آخرا غير القانون الانجليزى »

أسلفنا أن القانون الواجب التطبيق – هو القانون الذى تُحدده قواعد الاحاله فى قانون البلد المنظور فيها النزاع ويلاحظ أن إتفاقية بروكسل .E.E.C– فى الاختصاص وتنفيذ الاحكام المدنية والتجارية فى المادتين ١/٥ ، ٣/٥ .

Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments on Civil and Commercial matters.

هذه الاتفاقية – تلزم البلاد الموقعه عليها بأن يكون القانون الواجب التطبيق والاختصاص طبقاً لما نصت عليه فى المواد ٥ فقرة ١ و ٥ فقرة ٣ والماده ٢٤ التي تسمح للمحكمة أن تطبق القانون المحلى فى الاحاله لتحديد القانون الواجب التطبيق.

وفى أغلب القضايا المرفوع بها دعاوى على البنوك من الآمر أو المستفيد – أو البنك المراسل – تطبق فيها قانون البنك الآمر الأصلى أو قانون بلد الوفاء بقيمة الضمان إلا إذا قبل البنك الأجنبى أو المستفيد الاجنبى قبول تطبيق قانون البلد المرفوع اليها النزاع.

ولا يخرج عن هذه القاعدة الا بنك رومانيا للتجارة الخارجية.

وفى الضمانات المباشرة – يكون قانون البنك المصدر هو الواجب التطبيق – فإذا كان المستفيد المحلى لا يرغب فى ذلك، يطلب ضمانا من بنك محلى معززا يكون فيه البنك المحلى مصدرا للضمان وليس مجرد مراسل.

وفى بلاد الشرق الأوسط وجنوب أفريقيا، - القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون البنك المصدر.

ولا تقدم أى مشكلة فى تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان الآمر - والبنك المصْدِرْ من بلد واحد وكذلك المستفيد فهو قانون بلدهم - حتى ولو كان المستفيد أجنبى.

وإذا طلب الآمر أو البنك وقف تنفيذ صرف خطاب الضمان - فغالباً - ما يوجه هذا الطلب أيضا إلى المستفيد الأجنبى - ويطلب تطبيق قانون بلده على اساس أن تعليمات اصدار الضمان انما صدرت من بلد المستفيد الاجنبى - وهذا ما نصت عليه المادة ٦ من اتفاقية E.E.C.

وفى حكم للمحكمة العليا بالمانيا صدر فى ٨٤/١٠/١٦ ومنشور فى كتاب Bertrams طبعه سنة ١٩٩٠ والناشر Kluwer.

كان موضوع القضية هو استرادا قيمة خطاب ضمان صرفه مستفيد بلجيكى عن طريق الغش والتحايل - ورفعت القضية فى المانيا بلد البنك المصدر لخطاب الضمان - وقضت المحكمة الالمانية بتطبيق القانون الالمانى وذلك تأسيساً على سببين : -

١ - لأن الخسارة تمت فى المانيا للبنك الالمانى.

٢ - لأن وقائع وماديات الغش والتحايل لصرف خطاب الضمان وقعت فى المانيا أيضاً.

وتأخذ بذلك المانيا - وفرنسا - وبريطانيا تأسيساً على قوانين الاحاله فى هذه البلاد، سواء فى ذلك كان النزاع منظور أمام المحاكم أو أمام تحكيم.

وفى الضمان المقابل إذا أتفق البنك المصدر مع البنك الأجنبى على اصدار ضمان مقابل - غالباً ما يتم الاتفاق بينهما على أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البنك الاجنبى - وقد ينص على ذلك فى سند الضمان المقابل.

ولكن المحاكم لا تلتفت الى ذلك لأن هذا الاتفاق بين البنكين لا يلزم الآمر المحلى الذى

تحكم علاقته عقد الخدمة بالبنك – ولا يُلْزِم المستفيد، لأن ورقة الضمان هى التى تنظم العلاقة بينه وبين البنك الأصلى المصدر.

وقاعدة تطبيق قانون البنك المُصْدِرْ لا تسرى فى المملكة العربية السعودية التى تحكمها تعليماتها وقانونها على ما توضحه فى الفصل الرابع.

الإختصاص القضائى

نظمت قواعد .E.E.C موضوع الاختصاص أيضاً ومرة أخرى يخضع الاختصاص القضائى لأحكام قوانين البلاد المختلفة المرفوع اليها النزاع والقضاء الانجليزى لايُثِير موضوع الاختصاص فى النزاع المعروض عليه اذا سكت الطرفان عن إثارته وإعتبارهما قد ارتضيا المحاكم الانجليزية فاذا أثير الموضوع ، فالقضاء الإنجليزى يقضى باختصاصه :

١- اذا كان خطاب الضمان صادراً في انجلترا أو من خلال وكيل مقيم فيها .

٢- اذا كانت انجلترا محل تنفيد خطاب الضمان .

٣- اذا قام النزاع والمدعى عليه مقيم فى انجلترا .

٤- وفى خطابات الضمان المقابلة اذا كان للبنك مراسل أو وكيل يحكم الاختصاص قوانين الوكالة فى علاقة البنكين الا اذا إتفقا على غير ذلك .

٥- إذا كان محل اقامة المدعي عليه اصلا في إنجلترا .

٦- اذا كان العقد الاصلي تم في إنجلترا أو جارى تنفيذه فيها .

٧- اذا قبل المدعى عليه اختصاص القضاء الانجليزى .

التحكم فى خطاب الضمان

نادرا ما ينص في خطاب الضمان ذاته على شرط التحكم ولكن قد يتفق على التحكم فى العقد الاصلى بين الآمر والمستفيد ، وهذا يؤثر على خطاب الضمان عند رجوع احدهما على

الآخر طبقا لعقدهما بخصوص خطاب الضمان ، وهكذا يمتد التحكيم الى خطاب الضمان من باب خلفى .

والأسس التى يحدد على أساسها ألْمُحَكِّمُونْ القانون الواجب التطبيق هى ذات القواعد المطبقة فى المحاكم – الا إذا قبل اطارف التحكم قانونا مُعَيّناً أو كان التحكيم محكوما بالقواعد الموحده .I.C.C أو سواها .

ولكن الاجراءات المستعجلة بوقف صرف خطاب الضمان مؤقتا حتى يتم الفصل فى النزاع تظل من اختصاص القضاء وربما تصدى لها التحكيم.

وقد يتم الاتفاق على التحكم بنص فى العقد الاصلى أو بمشارطة بين الآمر والمستفيد يحدد فيها الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والهيئة الموكول اليها الفصل فى النزاع .



خطاب الضمان البنكى
فى مصر
وبعض البلاد الاسلامية

الفصل الرابع

خطاب الضمان البنكى فى بعض البلاد الاسلامية

فى مصر

لم ينظم القانون المصرى خطاب الضمان البنكى وفى مشروع تعديل القانون التجارى ، نُظم خطاب الضمان فى المواد من ٣٠٠ الى ٣٠٥ وفقا لما استقر عليه مفهومها فى العرف الدولى .

ويحكم خطاب الضمان البنكى فى مصر العرف البنكى الدولى واحكام القضاء واجتهاد الفقهاء ولان القانون المصرى من المدرسة اللاتينة ، التى تأخذ بالنظرية الشمولية والتقنين فانهم كثيرا ما يردون خطاب الضمان البنكى الى الكفالة تأسيسا على أنه فرع منها، كفالة مصرفية، ذات سمات خاصة تستقل فيها العلاقات المحيطية به عن بعضها .

اصبح مقررا اعتبار خطاب الضمان البنكى تصرف قانونى مجرد عن السبب مطهر من الدفوع شخصى مباشر بين البنك والمستفيد طوال اجله.

وعدم وجود تشريع ينظم خطاب الضمان البنكى فى مصر لم يمنع من ورود ذكره فى بعض القوانين واللوائح خاصة بالنسبة لخطابات الضمان البنكية فى النشاط الداخلى الخارج عن دراستنا .

وقد عرف مشروع القانون التجارى المصرى خطاب الضمان في المادة ٣٠١ بانه .

" تعهد يصدر من المصرف بناء عن طلب شخص يسمى الآمر بدفع "

" مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك "

وهذا التعريف وان اتفق الى حد بعيد مع العرف الدولى لمفهوم خطاب الضمان البنكى ، خاصة فى استقلاله عن العلاقات المحيطية به والتى افرزته الا انه ليس جامعا مانعا ..

فهو لم ينص على ان طلب المستفيد يلزم ان يكون فى أجل خطاب الضمان كذلك لم يشر الى أنه شخصى لمستفيد معين ولم يذكر انه مجرد عن السبب ومُطَهّر من الدفوع ولم تَرِدْ فى هذا التعريف إشارة الى انه نظام قانونى مستقل بذاته نشأ من العرف البنكى الدولى ويرد اليه وان ألعُرْف من مصادر القانون الا اننا بالنسبة لخطاب الضمان البنكى نساير فيه ألعُرْف الدولى ونأخذ عنه وليس ألعُرْف المحلى .

وقد اشير الى خطاب الضمان البنكى فى لائحة المناقصات والمزايدات الحكومية الصادرة بناء على القانون ٢٤٦ لسنة ١٩٥٤ والقانون ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ فى المواد ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠ والتى هى أصلا تتحدث عن اعفاء الشركات العامة من تقديم خطابات الضمانات فى المناقصات والمزايدات الحكومية.

اما بالنسبة للمعاملات الدولية فانه طبقا لمفهوم فتوى ادارة الفتوى والتشريع لوزارة الخزانة رقم ٤٦٨ فى ٦٦/٧/١١ يلزم فى النشاط الدولى تقديم خطابات الضمان فى المناقصات والمزايدات الحكومية.

اما نشاط القطاع الخاص فخطاب الضمان البنكى معمول به فى النشاط الدولى والمحلى وأشير إلى خطاب الضمان البنكى فى قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ٣٦ فى المادتين (٦٤ و ٦٣ م) وذلك بالنسبة لضمان سداد الرسوم اذا لم يتم إعاده البضاعة الترانزيت . كما تنص المادتين ٩٨ من ذات القانون على تقديم خطاب الضمان بنكى لضمان تحصيل الضرائب والرسوم على بضائع التشغيل . وتنص المادة ٧٠ على تقديم خطاب ضمان لتحصيل رسوم

التخزين عن البضائع المودعة فى مخازن الميناء الى ان يتم التخليص عليها او إعادة تصديرها وذكرته المادة ٢٥ من القانون ١٦١ / ١٩٥٧ – الصادر بخصوص اللائحة العامة للبرمصات .

وهذه النصوص المتفرقة لا تمثل تنظيما لخطاب الضمان فى التجارة الدولية وإنما التنظيم الأوفى ورد فى لوائح البنوك وتعليمات البنك المركزى واحكام القضاء وتطورها .

فى لوائح البنوك وتعليمات البنك المركزى
فى بنك مصر

خطاب الضمان فى مصر هو من اعمال البنوك لذلك نظمتها لوائحها الداخلية المجازة من البنك المركزى ، فبنك مصر تحدث عن خطاب الضمان البنكى فى الجزء الثانى من الباب الاول فى التعليمات الصادرة عنه لموظفيه ويقول فى تعريف خطاب الضمان :

" خطاب الضمان عبارة عن محرر تصدره البنوك بناء على طلب أحد العملاء يضمن البنك بموجبه هذا العميل أو أى شخص آخر بعينة فى طلبه قبل جهة معينة المستفيد فى مبلغ معين تذكر قيمته بالخطاب وذلك تأمينا. وضمانا لغرض معين ومحدد فى صلب الخطاب ويتعهد البنك بموجب خطاب الضمان الصادر منه ان يدفع للجهة المستفيد عند اول طلب ودون اي معارضة من جانبه او اى جانب اخر مبلغا لايتجاوز قيمة خطاب الضمان بدون فوائد وفى موعد لا يتعدي انتهاء سريانه .."

وهذا التعريف هو افضل كثيرا من تعريف مشروع القانون التجارى ، ويتفق تماما فى كل ما اورده مع ما هو جارى عليه ألعمل دوليا. حسم فيه مشكلة الفوائد التى تثار في منازعات الصرف، واوضح ضرورة ان يكون نص خطاب الضمان مُبَيِّناً للغرض منه ولكن لم يشير الى الطبيعة المجردة لخطاب الضمان ، لكنه اشار فى تعليقة على التعريف بأن البنك ليس طرفا في

علاقة الآمر بالمستفيد وضمانه مباشر للمستفيد وقاصر على مبلغ من المال ولا علاقة له بالتزامات الآمر للمستفيد كما اشار التعليق الى ان علاقة البنك بالآمر مرجعها عقد اصدار الضمان وسماها مستندات المديونية وتحدث فى التعليق على العلاقة المباشرة بين البنك والمستفيد .

ثم اورد ما أسْمَاهُ (خصائص خطاب الضمان) ويقول ان حق المستفيد قاصر على المطالبة فى اجل الضمان بمبلغه فقط ، دون زيادة، على دفعة واحدة أو دفعات طبقا لنصه ويجوز المطالبة بمبلغ أقل، وأشار التعليق الى ان الاصل عدم تعليق خطاب الضمان على شرط، ولكنه لم يمنع امكان – اصدار خطاب ضمان مشروط ، ونص كذلك على شخصيه خطاب الضمان وعدم قابليته للتنازل او التظهير الا فى حالة ادماج الشركات او تغيير اسمها باجراء قانوني، ويُدْفع دائما للمستفيد نفسه وليس للوزارة التى تتبعها المصلحة الحكومية المستفيدة وليس للشركة الام التى تملك الشركة المستفيدة وليس فى هذه الحالات «تنازل أو تظهير» كما سوف نرى . .

ويجيز بنك مصر استبدال اسم المستفيد باتفاق بين الامر والمستفيد وهذا مخالف تماما لطبيعة خطاب الضمان بإعتباره التزام مجرد لاعلاقة للآمر او المستفيد به . وهو في الواقع انما يصدر خطاب ضمان جديد .

ويُورِدْ البنك في تعليماته القاعدة الدولية المستقرة بعدم استطاعة البنك رفض صرف خطاب الضمان فى اجله اذا ما طالب به المستفيد وعلى الآمر ان يرجع على المستفيد طبقا لعقدهما دون اقحام البنك اذا كان الصرف دون وجه حق – واستقلالية خطاب الضمان عن العلاقات المحيطة به يلزم معها الأيَوّرْط البنك نفسه إذ يقول :–

« يجب الا يصدر الضمان عن التزام باطل أساسا لاى سبب من اسباب البطلان او يكون مخالفا للنظام العام ..»

اذا كانت هذه العبارة تعنى الالتزام فى العقد الاصلى بين الآمر والمستفيد ، فخطاب

الضمان لاعلاقة له به وليس هذا الالتزام سببا له لان خطاب الضمان مجرد عن السبب مطهر من اى دفع من البنك يُرَدّْ الى خطئة فى سبب الاصدار .

وإذا كانت تعنى عبارة (الإلتزام الباطل اساسا) التزام البنك فالبنك لا يستطيع ان يدفع ببطلان التزامه الا في حالة التزوير او الغش الجسيم المتورط فيه او يعلم به المستفيد ، والخطأ في شخص المستفيد يُعْدِمْ خطاب الضمان ويلزم ان يصدر خطاب الضمان عمن يملك اصداره مُمَثِلاً للبنك دون غش او اكراه او تدليس .

اما مخالفة النظام العام فيلزم ان يكون خطاب الضمان ذاته ينطوى عليها فى نصه والا داخلنا فى متاهات عيوب الارادة واهدرنا وظيفة وطبيعة خطاب الضمان .

وتقول التعليمات (**يجب ان يكون الغرض من خطاب الضمان صحيحا من الناحية القانونية .) وهذا معناه اننا قرنا سببا لخطاب الضمان . وتكون الفقرة السابعة فى التعليمات قد اهدرت وظيفة خطاب الضمان .**

واما الفقرة الثامنة فلا ضرورة لها الباته لان ارادة المستفيد لا شأن لها فى قيام خطاب الضمان اطلاقا وموافقته او عدم موافقته او رده لخطاب الضمان ورفضه لا تؤثر ابدا في قيام الضمان فى أجله وحق المستفيد التقدم لصرف فى هذا الاجل والتزام البنك بالصرف .

اما الفقرة التاسعة فهي تعليمات بخصوص غطاء خطاب الضمان المقدم من الآمر وهى تعليمات لايُضِرُ عليها البنك .

اما الفقرة (١١) فهى خطأ محض ، لان البنك ملتزم بخطاب الضمان غير المشروط فى اجله ولا يمكن ربط خطاب الضمان مشروطا أو غير مشروط بالتزام العميل قبل المستفيد الا اذا كان الربط مَرْدُودْ لذات نص خطاب الضمان وليس لورقة خارجة عنه ويجب ان يتم الصرف وفقا لما هو منصوص عنه فى صُلب خطاب الضمان الكافى بذاته، وخطاب الضمان يصرف فى أجله حتى ان لم يخل العميل بالتزاماته فهذه الالتزامات ليست سببا له، **وهذا ما ورد فى التعريف الذى اوردته التعليمات فى صدورها . ثم تناقضت معه فى تعليماتها .**

وتذكر تعليمات بنك مصر بعد ذلك ما يلزم ان ينص عليه فى خطاب الضمان من بيانات وجميعها مقبولة فى العرف الدولى الا نص البند السابع الذى يطلب النص فى خطاب الضمان على نسبة قيمته من قيمة العملية فهذا نص غير مفهوم وغير مقبول ويربط خطاب الضمان بورقة وعلاقة خارجة عنه .

ثم تذكر التعليمات مدة سريان خطاب الضمان التى لم ينص فى سنده على مدة سريانها بانها١٥ سنة من تاريخ بداية سريانه وان الغطاء لا يمكن صرف العميل له الا بعد خمسة عشر سنة اخرى من تاريخ نهاية المدة الاولى ؟!! أ ثلاثون عاماً ؟

وتتحدث التعليمات عن انواع خطابات الضمان، وهذه يأتى الحديث عنها فى موضع آخر من هذا الكتاب والمهم فى هذه التعليمات انها تنبه الى ان بعض انواع خطابات الضمان يلزم لها صياغة خاصة غير المطبوعة يتم الاتفاق عليها بين البنك والعميل الآمر .

وتتحدث تعليمات بنك مصر بعد ذلك من الخطوات اللازمة لاصدار خطاب الضمان وهى تعليمات موجهة لموظفيه، وتذكر الغطاء النقدى وتقرر انه يمكن ان يكون كلى او جزئى ولا تسرى عليه اى فوائد لصالح العميل طوال فترة حبسه تحت يد البنك ويودع فى حساب خاص (حساب تأمينات) بهدف تَجْنِيبِهِ خارج باقى حساباته فى البنك، واذا كان الغطاء أوراق مالية فالبنك يودعها فى حافظة خاصة بالاتفاق مع العميل وتوقيعه باعتبارها ضمان لالتزامه قبل البنك فى عقد طلب الاصدار لخطاب الضمان واكثر من ذلك يأخذ على عملية تصريحا ببيعها فى اى وقت يراه وتحويلها الى نقود تحت يد البنك .

واما اذا كان الغطاء وديعة فيجرى البنك رهنها او اقرار من الآمر بالتنازل عنها للبنك الى آخره ..

وفى الباب الثالث من هذه التعليمات يتحدث البنك عن (مد خطاب الضمان) سواء بالنسبة لمدته بذات القيمة أو بقيمة أقل ، وهذا ما نعتبره تجديداً يقال عنه مد والتعبير السائد

فى البنوك انما هو تجديد لخطاب الضمان واصدار ضمان جديد حتى ولو اشار الى الضمان الاول .

وتتحدث التعليمات عن تعديل خطابات الضمان سواء بالنسبة لقيمتها او مدتها وخطاب الضمان البنكي لا يجوز تعديله فاذا نص فيه اصلا على تخفيض قيمته دوريا طبقا لشروط معينة وتحقق الشرط بالدليل والمستند المنصوص عنه فى خطاب الضمان ففى هذه الحالات تخفض قيمته تلقائيا طبقا لنصه .

وصياغة مثل هذا الخطاب هامة حتى لا تكون هناك ضرورة لمراجعة الآمر او المستفيد كأن يقال مثلا :

ويخفض هذا الضمان شهريا بمبلغ كذا من قيمته ولا يجوز صرفه او جزء منه الا مع تقديم ورقة نصها الأتى بتوقيع الجهة الفلانية او الشخص الفلانى بشرط ألا يكون الآمر .

أو يدفع البنك للمستفيد مبلغ هذا الضمان على دفعات شهرية قيمتها ... كذا ... فى خلال اجله ويسقط حق المستفيد فى صرف اى دفعة فى نهاية الشهر يوم كذا الساعة كذا ..

أو يقال هذا الضمان متعدد القيمة والآجال، تمثل كل دفعة خطاب ضمان مستقل بذاته، أجله هو اجل تاريخ استحقاق الدفعة المنصوص عنها فيه يسقط الحق فيها اذا لم يتم صرفها فى هذا التاريخ .

اما عند الصرف الجزئى من المستفيد لخطاب الضمان فى اجله فنحن نرى ان ذلك ينهى خطاب الضمان .. وعلى اى حال فان تخفيض خطاب الضمان هو فى الواقع تجديد له .

وصياغة الضمان مفتوحة دائما لتتفق مع الهدف الذى تستهدفه وظروف العلاقات المحيطية خاصة العقد الاصلى بين المستفيد والآمر ولذلك فهى قابلة لاجتهاد المحامون والبنوك مع الالتزام بعدم اخراج خطاب الضمان عن طبيعته القانونية او رهن صرفه بارادة الآمر أو المستفيد أو البنك اما الزيادة فى قيمة خطاب الضمان قد سبق اوضحنا انها خطاب ضمان

جديد وكذلك تعديل الغرض أو الاجل . المهم ان خطاب الضمان البنكى يبقى طوال اجله بقيمته طبقا لشروطه وفى حدود مبلغه لا يمد ولا يعدل انما يجدد فقط اى يصدر خطاب ضمان جديد بعد انتهاء اجل الاول حتى لا نقحم عليه اى من اطرافه .

وتتحدث التعليمات بعد ذلك عن انتهاء خطاب الضمان ونظام البنك فى ذلك سواء تم الانتهاء بالصرف او بسقوط الاجل وهنا يقول البنك ان الصرف الجزئى او طلبه يلغى كامل خطاب الضمان (فقرة هـ ص ٦٢) مخالفا ما ورد فى الفقرة (١) من بند (٢) فى تعديل خطابات الضمان (ص.٦ من التعليمات) .

وتتحدث التعليمات عن عمولة البنك ونسبتها على كل نوع من أنوا ع خطابات الضمان، والبيانات التى يلزم أن يَتَضَمَّنْهَا طلب اصدار الضمان واسلوب تحديد مركز العميل المالى وطريقة مراجعة خطابات الضمان وكذلك اسلوب البنك فى التعامل بالنسبة لطلبات اصدار خطابات ضمان لمستفيد اجنبى او مقيم في الخارج .

وهذه التعليمات فى الممارسة الفعلية تختلف من بنك لآخر وكذلك بالنسبة للنماذج التى يحددها كل بنك لطلب ضمان او عقده مع الآمر ويصعب تتبع كل بنك فى هذا المجال الا انها متفقة او هى على الاقل يجب تطويعها للعرف الدولى البنكى بالنسبة لطبيعة خطاب الضمان.

ممارسة خطاب الضمان فى البنك التجارى الدولى

يعرف البنك التجارى الدولى فى مصر خطاب الضمان بالاتى :

تعهد مكتوب يصدره البنك بناء عن طلب عميله لصالح طرف ثالث ، المستفيد .

يلتزم البنك بموجبه فى حالة عدم وفاء عميله بالغرض المحدد بالضمان بدفع المبلغ المحدد بالضمان بناء على طلب المستفيدوذلك خلال الصلاحية المحددة فى الضمان ..

وهذا التعريف وان كان مَعِيباً فى تركيبه اللغوى قاصرا عن ابراز طبيعة خطاب الضمان البنكى وصفاته الا أنه يتفق مع المفهوم السائد عرفا لخطاب الضمان البنكى وفى ايضاح هذا التعريف يقول صاحبه:

١- يلزم أن يكون خطاب الضمان بمحرر مكتوب علي ورق البنك او نموذجه .

٢- ان يكون التزام البنك فيه يدفع مبلغ محدد او قابل للتحديد من المال وهذا غير مرهون بالتزام العميل قبل المستفيد .

٣- خطاب الضمان شخصى لا يجوز تداوله .

٤- خطاب الضمان لا يغطى الا ما ذكر فيه .

٥- تبدأ مدته من وقت استلام المستفيد له وينتهى التزام البنك بانتهاء مدته (وكان يلزم ان يقول من وقت صدوره وخروجه من حيازة البنك) .

ويقول أنه يلزم أن يكون خطاب الضمان محدد المدة ، فاذا صدر دون تحديد أجل له فانه يكون اقرب الى الكفالة خاصة اذا كان مرهونا اجله بوفاء الآمر بالتزام او تنفيذ عقد ، وكذلك الحال فى بعض خطابات الضمان الملاحية المفتوحة الأجل ومدة التقادم فيها ١٥ سنة .

ويتحدث عن مد أجل خطاب الضمان وتجديده بما يعارض تماما طبيعتها وخلط خلطا معيبا بين العلاقات الثلاثة المنفصلة والمستقلة ، وكذلك أهدر ان خطاب الضمان صادر من البنك مباشرة للمستفيد ولا يستطيع أحدهما المساس به بعد صدوره ولا يملك بعد صدوره ان يعدله والعميل غريب عن خطاب الضمان .

وقارن البنك بين الكفالة وخطاب الضمان فى إستقلال خطاب الضمان عن العلاقات التى تحيط به وفى كونه دائما إلتزام بمبلغ من المال ويرجع فيه المستفيد على البنك مباشرة .

وهذا النظر السليم يناقضه ما سبق ان قرره عند الحديث عن مد أجل (تجديد) خطاب الضمان إذ جعل ارادة العميل والمستفيد تتدخل فى قيام خطاب الضمان وتحدث البنك عن

خطاب الضمان المشروط وقال طالما ورد نصا فى خطاب الضمان وسنده فان البنك يجب ان يلتزم بالشرط او الشروط وهذا حق .

وذكر أسلوب البنك فى تحديد الغطاء وانواعه وكذلك تحدث عن خطابات الضمان الخارجية او المقابلة التى يلتزم فيها البنك لمستفيد غير مقيم او اجنبى أو تلك التى يلتزم فيها لمستفيد وطنى مقابل خطاب ضمان من بنك اجنبى وهو فى كل ذلك يتفق مع العرف الدولى .

وإخطار البنوك التجارية فى مصر عميلها عند الصرف هو اجراء ودى بين البنك وعميله وليس هناك اى التزام على البنك بذلك تأسيسا على استقلالية علاقته بالمستفيد والتزامه المباشر قبله .

وتتحدث تعليمات هذا البنك عن أحوال إنتهاء خطاب الضمان بانتهاء أجله دون أن يتقدم ألمستفيد للصرف أو اذا رد المستفيد خطاب الضمان فى أجله للبنك متنازلا عنه لانه اصبح غير ذى موضوع وتحدث كذالك عن إنتهائه بالصرف او التقادم ولانه يتضمن نصا باعتباره كأن لم يكن اذ قدمت للبنك شهادة معينة . وعدم رد المستفيد لورقة خطاب الضمان لا يمنع من الغائه .

ثم يتحدث ألبنك عن خطوات اصدار خطاب الضمان والاسلوب الذى يسير عليه فى ذلك سواء بالنسبة لتلك الخطابات التى تصدر بناء على طلب عملاء محليين او التى تصدر بناء عن طلب غير مقيم او اجنبى او بنك خارجى .

ويورد البنك نماذج لخطابات الضمان التى يتعامل فيها ولطلباتها وعقد الآمر مع البنك .

واوردت هذه التعليمات بيانا مفيدا عما يلزم ان تراعيه البنوك التجارية عند اصدار خطاب الضمان هى : -

١- يجب الالتزام بتعليمات البنك المركزى فى الاصدار والتعديل والتجديد وذلك فيما يتعلق بالعمولة المحددة بلائحة الخدمات المصرفية وعدم تخطى النسبة المصرح للبنك بها فى

حجم خطابات الضمان التى تصدر عنه وكذلك الحد الادنى للغطاء ٢٠٪ أو٢٥٪ حسب نوع الضمان .

٢- يلزم أيضا مراعاة تعليمات وزارة الخزانه بضرورة ارسال صورة للمستفيد اذا تسلم العميل الاصل لتوصيلها اليه .

٣- مراعات اللوائح الخاصة بالتعامل فى خطابات الضمان وإعمال مقتضى قوانين الاستيراد والتصدير فى عمليات المبادلة والسماح المؤقت أذا طلب خطاب ضمان لتغطية التزامات أطرافها .

٤- ما تنص عليه القواعد النقدية بألنسبه لخطاب الضمان المحرر لمستفيد اجنبى او مقيم في الخارج واخطار الجهات اللازمة اخطارها وملاحظة ما ورد بشأنها فى لائحة الرقابة على النقد .

٥- ملاحظة استيفاء خطاب الضمان شكلا وموضوعا للقانون الواجب التطبيق ، وذلك بالنسبة لخطابات الضمان الصادرة لمستفيد فى الخارج او غير مقيم او لبنك اجنبى .

ممارسات خطاب الضمان

فى البنك الاهلى

صدر عن ادارة النظم المصرفية فى البنك الاهلى المصرى منشوراً باسم المرجع العلمى لخطابات الضمان ويعرف خطاب الضمان كالأتى :

تعهد مكتوب يصدره البنك بناء على ضلب عميله ضمانا لتنفيذ التزام محدد خلال مدة محددة يلتزم البنك بموجبه بأن يدفع لصالح طرف ثالث هو المستفيد مبلغا معينا

من المال عند اول طلب يتسلمه خلال اجل سريان خطاب الضمان وذلك رغم اية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون ..

وهذا التعريف هو أحسن من التعريفات السابقة واقربها لطبيعة خطاب الضمان البنكى السائد فى المفهوم الدولى ولم يكن من اللازم الاشارة فى التعريف الى مناسبة صدور خطابات الضمان حتى لا يعد ذلك سببا له وهو المجرد عن السبب بل يحسن ان ينص فيه على طبيعته المجردة عن السبب، كذلك اغفل التعريف النص على تأكيد استقلال خطاب الضمان عن العلاقات المحيطه به وان ورد فيه عجزه انه يصرف بالرغم من معارضة العميل ولم يوضح التعريف شخصيه خطاب الضمان بمعنى انه لمستفيد معين بالذات غير قابل للتداول او التحويل او التنازل بأى صورة وكذلك لم يشير التعريف الى مُكْنة ان يكون خطاب الضمان مشروطا وان سنده كاف بذاته وان البنك لا يمكنه النقوص عنه ولا أثر لارادة المستفيد فيه .

ويقرر البناك ان يكون خطاب الضمان على نماذج البنك وان يكون مبلغا محددا من المال غير مرهون بتنفيذ عملية معينة او عقد معين وهذا فهم صحيح لخطاب الضمان .

وكان يلزم اذن وهو يقول ذلك ان يرفع من تعريفه عبارة تنفيذ الالتزام محدد ويكفى ان يذكر ذلك فى .قد الآمر مع البنك عند طلب خطاب الضمان .

والسداد ا.نورى عند طلب الصرف فى أجل خطاب الضمان الذى يلزم ان يكون محدداً تحديدا قاطعا .ون التفات الى معارضة الآمر أو سواه، في خطاب الضمان غير المشروط أو عند تحقق الشرط طبقا لنص ورقة الضمان وبالاسلوب الوارد بها هو أمر متفق عليه دوليا.

وليس صحيحا فى تكييف خطاب الضمان باعتباره نظاما قانونيا قائما بذاته انه يتأثر بورود شرط فيه الصرف طالما ان هذا الشرط وارد فى صكه ومحدد اثباته فى صلبه ولا يؤثر هذا ابدا على الطبيعة القانونية لخطاب الضمان بوصفه مجردا عن السبب فهذا الشرط ليس سببا لقيام خطاب الضمان والالتزام به وإنما هو مجرد تحديد لمُكْنَةَ صرفه .

يقول البنك فى الفقره الرابعة انه يجب رفض الشروط التى يترتب عليها توقف الصرف على إرادة العميل او تحقق واقعة خارجية عنه .. فنحن نوافقه تماما ونضيف الى ذلك انه يلزم ان يكون الشرط أيضا غير مرهون بارادة البنك او الغير في صرفه .

فخطاب الضمان المشروط ممكن؛ اذا كان غير مردود الى ارادة الآمر او سواه او البنك ومنصوص عنه فى طلب خطاب الضمان وكذلك السند اللازم لاثباته وذكره نصا فى ورقته والجهة التى يلزم ان تصدره دون الآمر أو المستفيد أو البنك

أما ما أوره البنك بخصوص أنواع خطابات الضمان يأتى ذكرها فى مكان آخر من هذا الكتاب ، ويذكر البنك نماذج طلبات الضمان والصياغة الخاصة به ويتحدث عن طلب ألاصدار والتعاقد مع العميل وأسلوب تجديد خطاب الضمان من واقع بيانات الطلب والتعاقد مع الآمر.

ثم يتحدث البنك عن مد أجل الضمان والذى نعتبره تجديدا والشروط التى يطلبها البنك لذلك فى المعاملات الحكومية وهو فى هذا الموضوع له أسلوبه وان لم يخرج عما تتبعه البنوك الاخرى . وزيادة مبلغ خطاب الضمان يعتبره البنك الاهلى إصدار خطاب ضمان جديد يسميه خطاب ضمان تكميلى ينتهى أجله فى اجل الخطاب الاصلى وذلك بمبلغ الزيادة او أن يصدر خطاب الضمان جديدا بالقيمة الاكبر ويسحب الاول باعتباره اصبح غير ذى موضوع .

وما ذهب اليه البنك عند تخفيض قيمة خطاب الضمان من ضرورة اخذ موافقة كتابية على المستفيد فيه تناقض مع ما ذهب اليه من استقلالية خطاب الضمان ، وان المستفيد ليس طرفا فيه ولاحق له فيه حتى يطلب صرفه في اجله . ويبقى مبلغه فى ذمة البنك ومن ماله حتى يُصْرَفْ .

وسبق ان قلنا انه يمكن النص فى خطاب الضمان علي أنه متعدد القيمة يخفض شهريا بمقدار (وكذا) ويسقط الحق في كل دفعة اذا لم تطلب فى مواعيدها، المهم ان موافقة المستفيد او حتى رفضه لا تؤثر فى قيام خطاب الضمان الصادر بارادة البنك وحده ولا يستطيع المستفيد اذن تجديده وإنما قد يبدى رغبة يستجيب لها البنك او لا يستجيب .

ويتحدث البنك بعد ذلك عن أسلوب صرف خطاب الضمان واجراءات ذلك فى البنك واعادة خطاب الضمان الى البنك لاينهيه قبل اجله .. فخطاب الضمان صدر ليبقى طوال اجله ويلزم الا يلغيه البنك قبل انقضاءه الاجل المنصوص عنه فيه اللهم الا اذا اصبح عدما وغير ذى موضوع من الناحية العملية .

ويذكر البنك اسلوبه وإجراءاته فى اصدار خطابات الضمان بالعملة الأجنبية ثم يتحدث عن الغطاء النقدى والعمولات وخطابات الضمان غير المحددة المدة وانها تتقادم بمضى ١٥ سنة .

ولما كان القانون المصرى لم يُنَظّمْ خطاب الضمان فنحن نهدف من ذكر اسلوب مزاولة البنوك المصرية لاصدار خطاب الضمان الى تأكيد ان ما تسير عليه البنوك المصرية متفق مع العرف الدولى وان العرف البنكى فى مصر لا يختلف جوهريا عما هو سائد فى الدول الاخرى ومفهوم وتعريف خطاب الضمان البنكى فى مصر هو بذاته المفهوم السائد دوليا .

ويبقى ان نوضح دور البنك المركزى فى الاشراف على البنوك التجارية بخصوص اصدار خطابات الضمان .

إشراف البنك المركزى
على البنوك التجارية فى خطابات الضمان

للبنك المركزي أوسع السلطات على البنوك التجارية طبقا للقانون رقم ١٢٠ لسنة ٧٥ فهو يراقبها ويشرف على لوائحها وسلامة مركزها المالى ولائحته التنفيذية تعطيه الحق فى الإشراف على كافة البنوك الخاصة والعامة والأجنبية وله الحق فى الاطلاع على سجلاتها والتفتيش عليها .

وطبقا لقانون البنوك رقم ١٦٣ لسنة ٧٥ تلتزم البنوك القائمة فى مصر ان ترسل للبنك

المركزى بيانات شهرية عن نشاطها وبقرار منه يمكن شطب اى بنك يخالف تعليماته اى وقفه عن العمل .

ويُحْظَرُ على البنوك التجارية أن تتجاوز السقف المحدد لها في إصدار خطابات الضمان خاصة الخارجية منها وتلتزم بمراعاة تعليمات رقابة النقد عند اصدار خطاب ضمان لمستفيد او لبنك خارجى وأعمال مقتضى التعليمات فى ضرورة التأكد من ان البلد الصادر عنها خطاب الضمان تسمح بالتحويل وكذلك التأكد من القانون الذى يحكم خطاب الضمان البنكى في البلد الاجنبى والنظام السائد فيه بالنسبة لهذا الموضوع وهل تأخذ بالعرف الدولى فى انهاء خطاب الضمان بنهاية أجله ام لا وهكذا يكون العرف البنكى فى مصر كمصدر لخطاب الضمان البنكى هو بذاته اساسيا، وجوهريا، العرف البنكى الدولى ليس فقط فى الممارسة الفعلية بل ايضا في النظرة القانونية لطبيعة خطاب الضمان البنكى .

وننتقل بعد ذلك الى ما صارت عليه احكام القضاء فى مصر بشأن مفهوم خطاب الضمان البنكى .

مفهوم خطاب الضمان البنكى
فى احكام القضاء المصرى

الطعن رقم ٤١١ لسنة ٤٩ جلسة ١٩٨١/٤/١٣

جميع اعمال البنوك ومن بينها اصدار خطابات الضمان يعتبر عملا تجاريا طبقا لنص المادة الثانية فقرة ٤وه من القانون التجارى المصرى حتى ولو تمت بصفة منفردة او لصالح شخص غير تاجر .

الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٧ق و ١١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٤ / ٣ / ٧٣

والطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢٧ /٥ /٦٩

١ – يلتزم البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان خلال مدة سريانه والتاريخ المذكور فيه هو آخر ميعاد للمطابة به ولا يمثل تاريخ أستحاق ويلزم البنك بالدفع للمستفيد الذى يتقدم للصرف فى بحر مدة الصلاحية .

٢ – خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والعميل الا أن علاقة ألبنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله للمستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالب به هذا الاخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام هو فى حدود التزام البنك المدين به ويكون على المدين عميل البنك ان يبدأ هو بالشكوى الى القضاء ضد المستفيد اذا قدر أنه غير مدين للمستفيد او ان مديونيته لاتبررها ما حصل عليه المستفيد من البنك .

وهذا يؤكد مبدأ انفصال العلاقات الثلاثة المحيطية بخطاب الضمان .

الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٧٣

والطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٧١

التزام البنك هو التزام اصيل ومباشر قبل المستفيد وليس باعتباره وكيلا عن العميل ولا صلة فيه بين العميل والمستفيد .

من المقرر فى قضاء محكمة النقض ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل اذ يلتزم البنك بمجرد اصداره خطاب الضمان ووصوله للمستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالب به هذا الاخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ولا يعتبر وكيلا عن العميل فى الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان بل ان التزام البنك فى هذا التزام اصيل ويترتب على ذلك ان ما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان انما هو

تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها وللبنك أن يصدر خطاب الضمان بغطاء مالى أو دون غطاء أو بضمان رهن فى حدود المعاملات القائمة بين العميل والبنك وهو الذى يُقدِّر وحده مصلحته فى كيفية تغطية خطاب الضمان .

الطعن رقم ١٣٤٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٢ / ١٢ / ١٩٨٠

الطعن رقم ٩١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ٣١ / ١٢ / ٧٩

الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١١ /٢ /١٩٨٠

من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة انه اذا اما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده وعباراته هى التى تحدد التزام البنك والشروط التى يدفع بمقتضاها اذا ما طولب بالفواء فى اثناء سريان اجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت له المستندات المحددة فى الخطاب وجب عليه الدفع فورا بحيث لا يلتزم الا فى حدود تلك الشروط أو يَعْتَد بغير هذه المستندات وفى ذات الوقت ليس له ان يستقل دون موافقة عميله بمد اجل خطاب الضمان عن الاجل الموقوت فيه والمتفق على تحديده مقدما ويسقط التزام البنك اذلم تصل اليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية ذلك الاجل.

وهذه الاحكام تقرر :

١- استقلال علاقة البنك بالمستفيد عن علاقته بالعميل .

٢- ان صك الضمان او سنده او ورقته يلزم ان يكون كافيا بذاته وهو وحده الذى يحدد التزام البنك .

٣- ان المطالبة يجب ان تتم فى بحر أجل خطاب الضمان وقبل حلول اجله .

٤- لا يجوز للبنك مد اجل خطاب الضمان بمعنى تجديده دون موافقة العميل ولكن اذا كان العميل قد فوض البنك فى عقده ان يجدد الضمان فنحن نرى ان البنك يستطيع ذلك فهذا

اخف عبئا على العميل من صرف المستفيد له والبنك مفوض فيه اصلا وعادة ما يطلب المستفيد التجديد .

الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣٩ جلسة ٤٦/٥/١٤

الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٢ ق جلسة ١٥ / ٤ / ٥٤

البنك فى التزامه بخطاب الضمان انما يلتزم بصفته اصيلا قبل المستفيد لا بوصف كونه نائبا عن عميله فاذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فانه ليس للعميل ان يتحدى بوجوب إعذاره هو قبل صرف المبلغ المبين فى خطاب الضمان .

الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٨ /٤ /١٩٧٧

اذا كان الحكم المطعون فيه اقتصر فى اقامة قضائه برفض دعوى الطاعن البنك قبل المطعون ضدهم العملاء على انه لا يجوز للبنك ان يستقل بمد اجل خطاب الضمان دون موافقة عميله مادام أن للضمان أجلا في الخطاب الصادر للمستفيد " شركة مصر للتجارة الخارجية" والمتفق على تجديده مقدما وهو ما وَاجَهَهُ دفاع الطاعن من انه كان وقت تجديد الضمان فضوليا تولى شأنا عاجلا للمطعون ضدهم اثناء تولية شأن نفسه بما يصلح اساسا لمطالبة المطعون ضدهم بالمبلغ الذى اداه لشركة مصر للتجارة الخارجية وكان المعول عليه فى معنى القصور على ما جرى به قضاء هذه المحكمة الا يكون الدفاع الذى يلتفت الحكم عن الرد عليه جوهريا ومما يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع على اهميته ويقسطه حقه من الرد فانه يكون مشوبا بالقصور .

ومحكمة النقض فى هذا الحكم تقرر مكنه رجوع البنك على عميله على اساس دعوى الفضالة اذا كان البنك قد صرف خطاب الضمان للمستفيد بعد ان جدده بمد اجله دون الرجوع الى العميل ولم يكن مفوضا بذلك .

حكم محكمة النقض طعن ١٠١٣ لسنة ٥٠ق جلسة ٨٥/١٢/٣٠

لم يقدم للبنك المطعون ضده ما يفيد قيامه بتسليم الطاعن المبلغ المحكوم به عليه من

الاستئناف خلال اجل الشهرين المحدد فى خطاب الضمان وكانت علاقة البنك المطعون ضده مصدر الخطاب بالمستفيد منه ألبنك المركزى منفصلة عن علاقة عميل البنك الطاعن بهذا البنك الاخير ويرجع بشأنها الى عبارات خطاب الضمان وحده فان عدم تقديم البنك المركزى ما يفيد وفاءه للطاعن بالمبلغ المحكوم به من محكمة الاستئناف خلال الاجل المحدد فى الخطاب يسقط ضمان البنك المطعون ضده ويخول للطاعن استرداد غطاء الخطاب فى اليوم التالى لانتهاء خطاب الضمان وتخلف الحكم المطعون فيه عن هذا النظر فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن ..

طعن رقم ١١٨٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ٨٤/٢/١٣

ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل من مقتضاه ان يلتزم البنك وبمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله الى المستفيد باداء المبلغ الذى يطالب به هذا الاخير فى طلبه باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان طالما كان هذا الاداء فى حدود التزام البنك المبين به ، ولا يسقط هذا الالتزام اذا طالب المستفيد البنك اثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء او مد اجل الضمان اذ لا يتصور ان يضار المستفيد لمجرد انه عرض أمكان انتظاره اذا امتد خطاب الضمان والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التى يستهدفها نظام خطاب الضمان فى التعامل ومن ثم يكون سداد البنك فى هذه الحالة وفاء صحيحا متى وصلت اليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع حتى ولو تم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب لان العبرة فى ذلك تاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته متى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه دون حاجة الى بحث باقى اوجه الطعن ..

طعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ / ٥ / ٨٩

١- وان كان الاصل فى خطاب الضمان الا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه وإنما على تحقق شرطة وحلول أجل الا انه لا يغير من ذلك ان يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع للمستفيد في الخطاب .

٢- ان علاقة البنك بالمستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هى التى تحدد التزام البنك والشروط التى يدفع بمقتضاها حتى اذا ما طولب بالوفاء فى اثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت اليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فورا بحيث لا يلتزم الا فى حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات .

٣- اذا ارتبط خطاب الضمان بنصه عند طلب المستفيد صرفه بواقعة ترجع للمستفيد وهى اخطاره البنك الطاعن بالبيان الوارد به كشرط لوفاءه بالقيمة فانه يجب على البنك اذا ما طولب بالوفاء بعد تحقق هذا الشرط سريان أجل الضمان الدفع فورا دون الاعتداد بأى اعتراض للعميل .

يراجع ايضا الأحكام الاتية :

١- نقض ٧٢/٣/١٤ المجموعة ١ للسنة ١٥ العدد ١٠

٢- نقض ٦٤/٣/١٤ المجموعة ١ للسنة ١٥ العدد ٢

من الجائز أن يتخذ عقد القرض صور مختلفة غير صورته المألوفة من الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان باعتبارها انها تجمع بينها كلها وصف التسهيلات الإئتمانية ويصدق عليها تعريف القرض بوجه عام الوارد في المادة ٥٣٨ من القانون المدنى .

وهذا الحكم يتناول استعمالات خطاب الضمان البنكى فى مجالات اخرى ونحن لا نرى **مكنة تكييف خطاب الضمان البنكى بانه عقد قرض للعميل او المستفيد فهذا يخرجه عن طبيعته .**

حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٠/٧/٦٣

ليس خطاب الضمان مثل الشيك اداة وفاء وإنما هو اداة ضمان فطبيعة خطاب الضمان تختلف اذ أن خطاب الضمان شخصى لا يجوز للمستفيد تظهيره الى الغير او التنازل عنه الأى شخص بأى طريق وبالتالى فليس له اى قيمة ذاتية الا لشخص المستفيد .

احكام الإستئناف

حكم استئناف القاهرة ١١٥٦ لسنة ٧١ ق جلسة ٥٥/١٢/٢٣

خطاب الضمان فى صياغته وكما يجرى عليه العرف التجارى ورقة مصرفية لها طابع خاص قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون أى منازعة من محررها (البنك) او المضمون (الآمر) وهى بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون فى العقد المتفرع عنه هذا الضمان .

ان خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدره البنك بناء على طلب العميل يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين بمجرد ان يطلب المستفيد منه ذلك وانه لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالآمر او علاقة الآمر بالمستفيد .

حكم استئناف القاهرة فى ٢٣ /١٢ /٥٥ للسنة ٧٧ ق

إن خطاب الضمان يسهل التعاقد مع الاشخاص المليئين الذين يخشى اخلالهم بالتزاماتهم وعدم وجود مال لديهم للرجوع عليهم بما يستحق فى ذمتهم فيكون خطاب الضمان المشجع له على التعاقد حتى يجد مالا محققا خاليا من النزاع يحصل عليه بمجرد طلب الوفاء ولاشك انه اذا أبيحت المنازعة فى صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقد هذا الخطاب أهميته العملية وفشلت حركة المعاملات التجارية .

حكم استئناف القاهرة قضية رقم ١٨٨ لسنة ق جلسة ١٢ /١١ /٦٢

خطابات الضمان لا تعتبر أوراق تجاريه - فهذه الأخيره هى الصكوك التى تقوم مقام النقود فى المعاملات بطريق التظهير أو التسليم.

المبادئ التى تقررها هذه الأحكام

واحكام القضاء المصرى استقرت خاصة المحكمة العليا النقض على التكييف الدولى لخطاب الضمان البنكى وتطبيقاته وهذه الاحكام تقرر المبادى الاتية :

اولا : انه عملا تجاريا بصرف النظر عن المستفيد او مناسبة صدوره .

ثانيا : الاجل النهائى المضروب فى خطاب الضمان ليس تاريخ استحقاقه بل يلتزم البنك بصرفه فى بحر هذا الاجل وحتى التاريخ المعين المحدد لانقضائه طالما ان المستفيد تقدم بطلب الصرف فى بحر هذا الاجل

ثالثا : علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بعميله الآمر والتزامه قبل المستفيد التزام مباشر واصيل وللعميل اذا قدر ان المستفيد لم يكن له حق فى الصرف أن يلجأ هو الى القضاء ضد العميل بناء على عقده معه، والبنك ليس وكيلا عن الآمر ألعميل .

رابعا : الغطاء الذى يقدمه العميل الآمر للبنك عن طلب اصدار الضمان لاعلاقة له بخطاب الضمان وإنما هى علاقة اخرى بين البنك والعميل ينظمها عقدهما المنقطع الصلة بخطاب الضمان .

خامسا : يسقط خطاب الضمان اذا لم يطالب به المستفيد فى بحر الاجل المضروب فيه .

سادسا : صك أو سند خطاب الضمان هو وحده وبما ورد فيه الذى يحكم علاقه البنك

بالمستفيد طبقا لعباراته وشروطها وهى التى يدفع البنك بمقتضاها اذا ما طولب بالوفاء اثناء اجل خطاب الضمان اى ان سنده كاف بذاته .

سابعا : اذا لم يكن البنك مخولا فى نص خطاب الضمان ومفوضا بتجديده (مده) اذا طلب المستفيد ذلك اثناء مد مدته فانه يلزم ان يرجع البنك للعميل لاخذ موافقته فى تجديد خطاب الضمان بمد مدته اذا طلب المستفيد ذلك فى اجله بدلا من صرفه ولكنه اى البنك اذا صرف دون الرجوع الى العميل ليس ما يمنعه بالرجوع عليه بما دفع بدعوى أَلْفَضَالَهْ .

ثامنا : لا يلتزم البنك بالرجوع الي العميل او استئذانه او اخطاره قبل الصرف لانه يوفى للمستفيد يالتزام فى ذمته هو .

تاسعا : خطاب الضمان ليس من الاوراق التجارية ولا هو اداة وفاء وإنما هو ضماناً تختلف طبيعته عن الشيك وباقى الاوراق التجارية .

عاشرا : خطاب الضمان شخصى لا يجوز تداوله بالتظهير او التنازل بأى طريق ولا قيمة له الا للمستفيد فيه .

الحادى عشر : خطاب الضمان هو تعهد نهائى لا يجوز للبنك الرجوع فيه .

الثانى عشر : خطاب الضمان ورقة مصرفية لها طابع خاص وهى بمثابة نقود تحت يد المستفيد .

الثالث عشر : اذا اتيحت المنازعة عند صرف قيمة خطاب الضمان لفقد هذا الخطاب أهميته العملية وفشلت حركة المعاملات التجارية .

الرابع عشر : يلزم قبل صرف خطاب الضمان المشروط تحقق البنك من استيفاء المستفيد للسند المطلوب تقديمة طبقا لنصوص خطاب الضمان قبل الصرف وفى اجل سريان الضمان .

الخامس عشر : اذا طلب المستفيد الصرف او المد من البنك فان هذا الطلب اذا تم فى اجل خطاب الضمان لا تضر صياغته بالمستفيد ويعتبر طلب صرف اذ لم يمد البنك اجل

الضمان ، صحيحا فلا يقبل أن يضار المستفيد لأنه عرض استعداده للإنتظار فترة اخرى قبل الصرف.

السادس عشر : ان تعليق صرف خطاب الضمان على ارادة المستفيد هو الاصل فاذا كان الشرط يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع للمستفيد فهذا جائز .

السابع عشر : لا يمكن تعليق صرف خطاب الضمان على واقعة او شرط او اجل خارجة عن نصه وما ورد فيه .

تلك هى المبادئ التى أقرها القضاء فى مصر وحدد بها وفيها طبيعة خطاب الضمان البنكى وقد أوضحنا أن خطاب الضمان البنكى لم ينظم بعد فى القانون التجارى ألمصرى وما ورد فى القوانين المصرية فى مناسبات مختلفة من اشارة الى خطاب الضمان وضرورة تقديمه والتعامل على اساسه لا يعد تشريعا وتنظيما قانونيا لخطاب الضمان ، وإنما هو مجرد دعوى لاستعماله او أمر باستعماله من تلك القوانين وذلك تأكيداً لإستقراره فى العرف البنكى وفى احكام القضاء والمحاولات الفقية التى تعتبر الاشارة الى خطاب الضمان البنكى فى بعض التشريعات الخاصة واللوائح هو تنظيم وتشريع لخطاب الضمان هى مجرد محاولات فقهية للحصول على اصل تشريعى لخطاب الضمان البنكى فى النظام القانونى المصرى وهى جميعها تسلم بأنه لم ينظم نصا فى القانون وإنما افرزه العرف واحكام القضاء من اجل هذا ولان مصدر خطاب الضمان البنكى خاصة فى التجارة الدولية يرد الى العرف البنكى واحكام القضاء راجعنا هذا العرف من خلال الممارسة الفعلية لخطاب الضمان البنكى فى البنوك المصرية ولوائحها وتعليماتها وكذلك ما استقرت عليه احكام القضاء المصرى . وذلك فى متن الكتاب وليس فى هوامشه .

ومنها يتضح ان نظام خطاب الضمان البنكى ، قد استقر فى مصر علي ذات الاسس والقواعد والاحكام فى إنعقاده، وآثاره، وإنهائه، طبقا للسائد دوليا فى الدول الرائدة فى التجارة الدولية وحتى بالنسبة للتكييف القانونى باعتباره نظاما خاصا مستقلا قائما بذاته .

خـــطاب الضمـان البنكــى

فى الفقه المصرى

أسـهم الفقـه المصرى إسـهـام العـرف البنكى واحكام القـضـاء فى ارسـاء قـواعـد خطاب الضمان البنكى وذهب مذاهب متعددة في التكييف القانونى له وبيان احكام ولكنه مستقر الان على مفهوم واضح لخطاب الضمان البنكى يتفق مع ما هو سائد دوليا فى الممارسات البنكية واحكام القضـاء فى الدول الرائدة فى التجارة الدولية وهو، اى الفقـه المصرى، فى رعايته لخطاب الضمان البنكى حريصا على حصانته واستقراره لخدمة التجارة الدولية وهو أقرب فى ذلك للمدرسة الانجلوسكسونية من المدرسة اللاتينية ونشير الي اقوال الشراح والفقهاء فى ذلك:

نشير اولا الى عميد الفقهاء والشراح المصريين الدكتور السنهورى ولهذا الفقيه مكانته الدولية فى مصر وفرنسا وعلاوة على تَجَذُّرِه فى الفقه الإسلامى ايضا وان كان لم يتناول دراسة خطاب الضمان باعتباره فقيها فى القانون المدنى الا أنه يهمنا ان نرجع اليه بخصوص ما أسلفنا من أن الارادة المنفردة لاتعد ألآن فى التشريع المصرى مصدرا للألتزام فالعمل القانونى او العمل المادى ليس هما او احدهما المصدر المباشر للالتزام فى خطاب الضمان البنكى وإنما المصدر المباشر للإلتزام هو القانون الذى أتاح واعطى لارادة البنك وتعهده القوة الالزامية وإن كان القانون فى الواقع هو المصدر الاساسى لاى التزام الا ان القانون اعطى للعقد والعمل غير المشروع والاثراء بلاسبب قوة انشاء التزام باعتبارها مصدرا مباشرا ولكنه حَرَّمَ الارادة المنفردة فى مصر من وذلك هذا علاوة على أنه حتم ان يكون لكل عمل ارادى سبب وبخصوص خطاب الضمان البنكى المجرد عن السبب يقف النص ايضا حائلا دون امكان الارادة المنفردة وحدها اعطاء خطاب الضمان البنكى القوة الالزامية باعتبارها مصدرا مباشرا كالعقد ، ويقول الدكتور السنهورى فى ذلك :

ان الارادة المنفردة تنتج آثارا قانونية مختلفة فقد تكون سببا لكسب الحقوق العينية

كالوصية وسببا لسقوطها كالنزول عن حق الارتفاق او حق الرهن . وقد تثبت حقا شخصيا ناشئا عن عقد قابل للارتباط كالاجازة وقد تجعل عقدا يسرى على الغير كالاقرار وقد تنهى رابطة عقدية كعزل الوكيل او النزول عن الوكالة أما بالنسبة لإنشاء الحق الشخصى الالتزام او اسقاطه . فهى قادرة على اسقاط الحق الشخصى كالابراء ولكنه بالنسبة لانشاء الحق لالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة فى القانون المدنى المصرى هى التزامات قانونية مصدرها المباشر هو القانون فى حالات استثنائية بنص خاص وليست مصدرا عاما للإلتزام..

وفي فرنسا ايضا ليست الارادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام بل هى مجرد ايجاب يلزم ان يصادفه قبول ومن تاريخ التقاء الايجاب بالقبول ينشأ الإلتزام عن مصدره المباشر وهو العقد .

وحتى فى المانيا التى تعطى الارادة المنفردة مكنة انشاء الإلتزام اذا كان اعلانها قد اوجد لدي من وجهت له ثقة مشروعه لايجوز معها السماح للملتزم ان يتحلل من التزامه وفى غير ذلك يكون للملتزم بارادته التحلل من التزامه نقول ان هذا النظر فى المانيا لا يقول ان الإرادة مصدرا عاما للإلتزام .

رأينا ان نؤكد النظرة الفقهية التى نقول بها من ان خطاب الضمان البنكى كما هو مقرر فى العرف الدولى وباحكام القضاء الالتزام المباشر به يُرَدْ فى مصر الى القانون وليس لارادة البنك المنفرده.

إضافة إلى ما اسلفناه من أن خطاب الضمان البنكى لا يمكن أن يرد الى الارادة ونعود الى نظرة الفقهاء والشراح المصريين لخطاب الضمان البنكى كما هو مقرر فى العرف الدولى واحكام المحاكم فى مصر والخارج وجُمْهُور الفقهاء فى البلاد المختلفة .

وُنَذْكَر اننا نراجع اقوال الفقهاء باعتبارها تسهم الى حد بعيد فى ارساء القواعد التى تحكم خطاب الضمان سواء فى قيامه أو آثارة أو إنتهائه مثلها مثل العرف البنكى ، وأحكام القضاء واجتهاد المحامون الدوليون وصدى اجتهادهم تنطق به الاحكام .

فالاستاذ الدكتور جمال الدين عوض الاستاذ بكلية حقوق القاهرة يقول .

البنك إذ يصدر خطاب الضمان لصالح دائن عميله لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لالتزاماته قبل دائنه فهو لايراقب هذا التنفيذ وهو لا يتعهد ان يقوم بدلا من العميل المدين بتنفيذ التزام هذا الاخير ولا بسداد ما يكون عليه من دين والا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقا لاحكام الكفالة المدنية بل هو يطلق تعهد يمكن القول بأنه تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل امام المستفيد فهو يلتزم بدفع المبلغ المحدد فى خطاب الضمان أيا كان مقدار مديونية العميل ولو كان هذا المقدار اكثر او أقل مما تعهد به البنك للمستفيد وهو تعهد منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل المدين لالتزامه فلا يعتبر ما تعهد البنك بدفعه تعويضا للمستفيد عن عدم تنفيذ العميل التزامه او اساءة هذا التنفيذ، وليؤدى خطاب الضمان البنكى الوظيفة المناطة به يقتضى التفرقة بين العلاقات الثلاث وهى علاقة العميل بصاحب المشروع ويحكمها العقد الاصلى بينهما وعلاقة البنك بالمستفيد ويحكمها خطاب الضمان وحده فهو الذى يحدد التزام البنك والشروط التى يدفع بمقتضاها بحيث لا يلزم الا فى حدود عباراته فاذا كان العميل متفقا مع المستفيد فى عقدهما على شروط اخرى فالاساس فى التزام البنك هو الشروط التى صدر بها خطاب الضمان لا الشروط المتفق عليها بين العميل والمستفيد فكل علاقة مستقلة تماما عن العلاقتين الاخريين ولا يعتبر البنك فى التزامه بخطاب الضمان نائبا عن عميله بل هو يلتزم بصفته اصيلا ..

ويقول الدكتور جمال الدين عوض ايضا :

ويؤدى هذا المنطق الى ان ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعتبر عقدا بينه وبين المستفيد لأن الخطاب يصدر تنفيذا للعقد بين الآمر والبنك وليس تنفيذا لعقد بين البنك والمستفيد من الخطاب فلا يشترط لالزام البنك ان يقبل المستفيد الخطاب بل يلتزم البنك نهائيا بمجرد

اصداره الخطاب ووصوله « لعلم المستفيد منه مادام لم يرفضه . صحيح ان المستفيد ،
مطالبته البنك يلتزم الشروط الواردة بالخطاب ولكن ليس لانه طرف فى عقد بينه وبين البنك
لان هذه فى حدود التزام البنك كما بينهما فى خطاب المنشئ لإلتزامه قبل المستفيد فالبن
يلتزم بمجرد اصداره الخطاب ولا يلتزم أن يصدره ولو اتفق مع العميل على ان يضمنه قب
المستفيد لان هذا الاتفاق يظل مقصورا علي طرفيه دون ان يكون للمستفيد ان يتمسك به ولك
يجب لإلتزام البنك بالخطاب ان يصل الى علم المستفيد وليس معنى ذلك انه يلزم قبول المستفي
بحيث يلتقى مع إيجاب صادر من البنك بل ان البنك بارادته، وحده، وهى كافية لذلك، ولكن
مع. اشترط وصول هذه الارادة الى المستفيد. ان البنك يستطيع الرجوع فى ارادته طالما
لم يصل الخطاب الى علم المستفيد ومتى وصل الى علمه اصبح له عندئذ حق نهائى ضد
البنك.

ويقول الدكتور حسنى عباس احد الفقهاء المصريين

التزام البنك مجرد عن السبب فليس سببه علاقة العميل بالمستفيد وليس له التمسك بدفوع له قبل العميل ودفوع للعميل قبل المستفيد وجميع الفقهاء على هذا الرأي فى مصر وربما اختلفوا فى التأصيل والاسناد .

وهذا هو تماما السائد فى فقه البلاد المتقدمة سواء التى تأخذ بالقانون اللاتينى او الانجلوسكسونى ، التشريع المصرى اذن يسير على ذات الدرب التى عليها التشريعات الاوربية والامريكية ويفهم خطاب الضمان ويمارس بذات الاسلوب .

ومرة أخرى نكرر اننا وضعنا اقوال الشراح فى متن هذا الكتاب وليس فى هامشه لأنها أسهمت واحكام المحاكم والعرف البنكى فى تحديد هويّة خطاب الضمان البنكى .

خطاب الضمان فى البلاد الإسلامية الأخرى

ان البلاد الإسلامية لا يطبق معظمها القوانين الاسلامية بل هى قد تتخذ الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر القانون مع مصادر أخرى سواء أكانت من المدرسة اللاتينية أو الانجلوسكسونية وقوانين الشريعة الإسلامية تؤثر كمصدر للقوانين المدنية والجنائية وبدرجه اكبر على قوانين الاحوال الشخصية وبدرجة اقل على قوانين التجارة .

وبالنسبة لخطاب الضمان البنكى واعمال البنوك على وجه العموم فهى منقولة عن الدول الغربية وفى التفسير والممارسة والتطبيق قد تتأثر النظرة اليها للخليفة وللمبادئ الاساسية التى تمليها الشريعة الإسلامية ولذلك يلزم احاطة عاجلة للضمان فى التشريع الاسلامى والقاعدة فى الشريعة الإسلامية الاصولية فى الإثبات :

البينة على من ادعى والشهادة على من أنكر

ووسائل الإثبات يمكن تحصلها فى الشهادة، والاقرار، واليمين، فالادلة المستندية ليست مطلقة الحجية فى الشريعة الإسلامية ولا تعد كافية بذاتها عند جحودها ويلزم تعزيزها باحدى الوسائل السابقة وهذا التحصيل قد لا يكون دقيقا لان النص القرآنى أقام اعتبارا للكتابه كدليل اثبات ..

الا أن بعض الفقهاء يقصرون النص على القرض اى على ما ورد فى شأنه النص وبعضهم يراه مجرد توصية . والمستندات ذاتها ليست كافية عند تحديدها بل يلزم تعزيزها بالشهادة او اليمين على ما أسلفنا ، وهذا واضح فى الممارسات القضائية حتى بالنسبة للمطالبة بدين ثابت بالكتابة فالدين اذا انكر يلزم تكمله الدليل الكتابى باليمين او ان تحال الدعوى على التحقيق ليثبت المدين انه أوفى بالدين فى أجله بشهادة الشهود.

وحتى العقود الموثقة تعتبرها بعض الفقهاء المسلمين انها دليل شهادة والشاهد هنا هو الموثق .

وهذا النظر مع تزايد سيادة الشريعة الإسلامية لابد ان يمس الامور التجاريةوقد وصل مد الشريعة الاسلامية الى مشرق العالم العربى وغربة والباكستان والسودان وصدر اخيرا مجموعة القوانين المدنية المؤسسة علي الشريعة الاسلامية فى دول الامارات المتحدة تَضَمَّنَ الفصل الخامس منها معالجة الضمان. والبنوك الاسلامية التى زاد انتشارها هى مؤشرا آخر يُرُدُّ الضمانات على وجه العموم الى احكام الشريعة الاسلامية والممارسات البنكية فى هذه البنوك متأثره بالمفهوم الاسلامى خاصة فى موضوع الفوائد .

الا أننا لم نرى أى أثر موضوعى لها فى الممارسات الدولية لخطاب الضمان البنكى فهى تساير العرف الدولى فيه .. ولعل ذلك مرجعة الى أنها اصبحت دول تابعة وليست متبوعة علاوة على ان السيطرة الفعلية على التجارة الدولية معقود لوائها للدول الغربية .

وتسود القواعد العرفية الدولية فى خطاب الضمان البنكى لسبب آخر لأنه غالبا ما يتم الاتفاق على اختصاص قضائى خارج البلاد العربية او ان يكون التحكيم الدولى مناط بالمنظمات الدولية التى تطبق القانون الذى يأخذ بالمفهوم الدولى لخطاب الضمان البنكى دون الالتفات حتى الى اتفاق على تطبيق قانون آخر وذلك اخذا بالعدالة .

ونشير الان الى بعض هذه البلاد فى لمحة عاجلة اذ يصعب تناولها بالتفصيل فى نظام خطاب الضمان لديها .. هذا علاوة على ان اثرها وتأثيرها فى التجارة الدولية محدود باستثناء السعودية التى نتناولها بقليل من التفصيل .

فــى تــركـيــا

تأخذ تركيا بالنظام السائد دوليا فى مفهوم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية الا انه يلزم الاشارة الى ان قوانينها تربط بين خطاب الضمان البنكى والعقد الاصلى بين المستفيد والآمر الذى صدر الضمان بمناسبته وهى بذلك تهدر استقلال العلاقات بل نرى انها تجعل لخطاب الضمان سببا .

ويترتب على ذلك .. لا تعترف بسقوط خطاب الضمان البنكى وانتهائه بانتهاء اجله بل يبقى الضمان قائما الى ان ينتهى العقد الاصلى هذا علاوة على انها تشترط رد ورقة خطاب الضمان لاسقاطه او انهائه. ألقانون رقم ٢٨٨٦ فى ١٩٨٣/٩/٩ ماده ٢٦. .

فــى العــــراق

وتنص المادة ٣٦٥ من القانون العراقي رقم ١٤٩ لسنة ٧٠ المنشور في الوقائع فى يوليو ١٩٧٠ على تعريف خطاب الضمان :

بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب عميل له الآمر بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى خطاب الضمان ويوضح فى خطاب الضمان الغرض الذى صدر من اجله .

والعراق كدولة بترولية تنشط بقدر محسوب فى التجارة الدولية تُعمل مقتضى العرف الدولى فى مفهوم خطاب الضمان خاصة في الممارسات البنكية وقد يثور فيها خلاف حول التطبيق القانونى والانتهاء .

والتعريف الوارد فى القانون العراقى قد يؤدى فى التطبيق القضائى الى ربط خطاب الضمان بالغرض منه ويخلط بذلك بين العلاقات الثلاثة المنفصلة . هذا علاوة على أنه يوحى ايضا بأن لخطاب الضمان سببا وهو المجرد عن السبب .

فــى الســــــودان

عرف القانون السودانى خطاب الضمان البنكى :

بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد اذا طلب منه ذلك خلال مدة الضمان وهذا التعريف يتفق مع المفهوم الدولى لخطاب الضمان .

وتأسيسا على ان فكر المدرسة الانجلوسكسونية هو السائد فى القانون السواداني خاصة النظرة الانجليزية، يتبع ذلك ان يكون المعمول به في السودان هو ذات الجارى عليه العمل فى انجلترا والان وقد ذهبت السودان شوطا بعيدا فى الاخذ عن الشريعة الاسلامية فيلزم ان نتوقع فى الممارسات القضائية اثر ذلك .

فـى سـوريا ولبنـان

فيما نعلم لا تضمن القوانين السورية او اللبنانية اى تنظيم او نصوص خاصة بخطاب الضمان ولكن هذين البلدين ينشطان فى التجارة الدولية وعلى اتصال مباشر بالفكر اللاتينى والمدرسة الفرنسية والبنوك فيهما راسخة وتطبق العرف الدولى البنكى فى خطاب المضمان .

ونحن لم نراجع أحكام القضاء فى هذه البلاد فى خطاب الضمان سواء بالنسبة لتركيا او العراق او السودان او سوريا ولبنان واثرنا ان تكون هذه المراجعة لاحكام البلاد الرائدة والمسيطره على التجارة الدولية سواء فى أوربا وأمريكا .

ولكن يلزم ان نشير انه ومن الوجهة العملية قد تفرض بعض قوانين هذه البلاد استمرار خطاب الضمان حتى يتم تنفيذ الالتزام الذى صدر بمناسبته، بصرف النظر عن اجله وحتى فى مصر ينص القرار الوزارى رقم ٢٣١ فى المادة ٢٤ منه على ذلك بالنسبة لخطابات

الضمان المقدمة لجهات حكومية ولذلك يلزم ان يشترط فى صلب الضمان تجديده دوريا حتى انتهاء المشروع سواء أكان التجديد بذات القيمة او اقل ويكون من المفيد ايضا اذا لم تكن النصوص آمره لا يمكن مخالفتها – والاتفاق صراحة فى ورقة الضمان على سقوطه فى اجله بعد اخذ الموافقات اللازمة .

والبنوك على اى حال تتحوط لذلك بأن تأخذ فى يدها قرار التجديد بتفويض من الآمر ومن ناحية اخرى يلزم ملاحظة ان بعض البلاد ترتب أثراً على استمرار حيازة ورقة خطاب الضمان بعد انتهاء اجله ولا تنهى البنوك فيها الضمان الى بعد رد المستفيد لسنده وهذا ايضا يجب التحوط له عند التعامل معها .

اما باقى بلاد المشرق العربى وكذلك بلاد المغرب العربى فجميعها تسير على المفهوم الدولى لخطاب الضمان وتتعامل بنوكها مع البنوك العالمية على هذا الاساس ويغلب فى فهمه وتطبيقه الفكر اللاتينى .

وأما باكستان كدولة اسلامية فهى تتبع حتى الان العرف البنكى الدولى بمفهوم المدرسة الانجلوسكسونية في التطبيق ومع ملاحظة ان قوانين الشرعية الاسلامية بدأت مسيرتها فيها ولابد ان التطبيق العملى سوف يتأثر بذلك .

فى الأردن

لم ينظم القانون التجارى الاردني خطابات الضمان الا ان المواد من ١١٨ الى ١٢١ من القانون التجاري الاردنى وان كانت تتحدث عن الإعتمادات المستندية يمكن الاسترشاد بها ، ولكن خطاب الضمان ذاته يخضع لشروطه ولاحكام القانون المدنى اعمالا لنص المادة ١٢٢ من القانون التجارى التى تقول :

ان العمليات المصرفية غير المذكورة فى هذا الباب تخضع لاحكام القانون المدنى المختصة بالعقود المختلفة الناجمة عن العمليات المذكورة او العقود التى تتصف بها هذه العمليات .

وفى الممارسات الفعلية تساير بنوك الاردن المفهوم الدولى لخطاب الضمان فهو يصدر أساسا عن البنوك ولكن ليس ثمة مانع قانونا فى الاردن من صدوره من مؤسسات اخرى فى المعاملات الداخلية كضمان عادى .

وتصدر البنوك خطابات الضمان بناء على عقد الخدمة المصرفية بينها وبين عميلها الآمر ووفقا لما ورد فى هذا العقد فقد يكون خطاب الضمان مشروطا او غير مشروط قابل للالغاء او غير قابل لذلك .

ومناسبات صدود خطاب الضمان البنكية فى الاردن هي ذاتها فى الدول الاخرى فتصدر لضمان حسن التنفيذ وسداد الدفعة المقدمة فى عقود المقاولات وغير ذلك .

ولا يتدخل البنك المركزي فى شروط الضمانات المحلية ولكن موافقته لازمة اذا كان خطاب الضمان صادر لشخص طبيعى او معنوى غير مقيم وليس هناك نصا قانونيا يحدد سقف الضمانات الداخلية او الدولية ويلزم ان يلاحظ أن الوفاء بقيمة خطابات الضمان المستحقة فى الخارج لابد فيها من موافقة البنك المركزى علي التحويل ، ويصدر البنك المركزى تعليمات دورية حول الشروط الواجب توافرها للوفاء بمبالغ لجهات اجنبية او تحويلها للخارج وقد يَطْلُبْ البنك من عميله غطاءً كاملا على شكل وديعة أو غطاءً جزئياً أو دون عطاء أو كفالة شخصية أو عينية فذلك كله مرهون بمركز العميل المالى وعلاقاته بالبنك .

وصياغة خطاب الضمان الصادر عن شركات المال والإئتمان وهى تقوم باعمال البنوك فى الاردن تؤكد ان النظر الى خطاب الضمان باعتباره كفاله وعقد ضمان مدنى، يلتزم فيه المستفيد عند طلب المصرف باثبات سبب طلب الصرف أى انه لا ينظر اليه على انه وسيلة مجردة عن السبب وذلك بالرغم من النص على الالتزام بالدفع عند الطلب او معارضة العميل.

خطاب الضمان فى السعودية

المملكة العربية السعودية ودول الخليج تمثل سوقا مهما في التجارة الدولية والمقاولات الدولية وتتعامل فى خطابات الضمان من خلال بنوكها او فروع البنوك الغربية .

والمتعامل الاساسى فى سوق هذه الدولة بالنسبة لخطاب الضمان هو المنظمات الحكومية اى الحكومة ذاتها وبخصوص خطاب الضمان أصدرت وزارة المالية والاقتصاد وكذلك الوكالة المالية السعودية بعض التعليمات الملزمة للشركات العامة والاجهزة الحكومية دون القطاع الخاص وتفرض على الموردين والمقاولين الاجانب تقديم خطاب ضمان غير مشروط عند التعاقد مع الحكومة والشركات العامة يضمن تنفيذ التزاماتهم.

وغالباً ما يكون ذلك فى ضمانات العطاءات – وضمانات الدفعات المقدمة وضمانات المستحقات – وهذه الأنواع هى الاكثر شيوعاً فى المعاملات الحكومية – ويكون خطاب الضمان المقدم فى المعاملات الحكومية دائما غير مشروط مستحق عند الاطلاع وصياغة خطاب الضمان ونصه يلزم أن يكون طبقاً للنمازج الصادره عن وزارة المالية والاقتصاد بتحديد اوصافه والشروط اللازمة توافرها فيه.

ولا تمثل هذه التعليمات قانونا لخطاب الضمان فليس هناك قانون يحدد مفهوم خطاب الضمان البنكى إنعقادا، وأثارا، وإنتهاء، فى المملكة العربية السعودية ويطبق القاضى السعودى القواعد العامة وفقا للقانون السعودى والتشريعات فى السعودية مصدرها أساسا الشريعة الإسلامية **ولا يمكن الاتفاق على إلزام القاضى السعودي بتطبيق قانون معين ارتضاه الطرفان وليس هناك قواعد معينة تحدد القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين .**

وللمؤسسة المالية السعودية اختصاص قانونى تباشره (لجنة فض المنازعات التجارية) وتطبق على المنازعات التى ترفع اليها تعليمات المؤسسة المالية للبنوك التى تبين القواعد والنظم

الواجب الأخذ بها فى تعاملاتها البنكية والالتجاء الى لجنة فض المنازعات التجارية فى اى نزاع يلزم معه تقديم صور أصلية من جميع المستندات مترجمة الى اللغة العربية وتصدر وزارة المالية السعودية قائمة بأسماء البنوك المسموح لها، والمقبول منها تقديم خطابات الضمان للجهات الحكومية والعامة وتراجع هذه القائمة دوريا .

ولكل بنك حد اقصى لايتجاوزه عند عند ممارسة إصدار خطابات الضمان والتعليمات تقضى :

١ - ان يصدر خطاب الضمان عن المركز الرئيسى للبنك الاجنبى المسموح له بذلك طبقاً لمنشور وزارة المالية والاقتصاد رقم ٢٤٧/١١ الصادر فى أغسطس سنة ١٩٧٦ ميلادية.

٢ - عدم تجاوز الحد الاعلى المقرر للبنك ويلزم الا تزيد الضمانات الصادرة عن ٢٠٪ من رأس مال البنك .

٣ - ضرورة اشتراط الوفاء بقيمة خطاب الضمان فى السعودية وتحويله اليها دون خصومات او استقطاع لضرائب تقررها بلد ألبنك الملتزم فى الخارج وتربط السعودية نهاية أجل خطاب الضمان بأجل العملية التجارية - وذلك عن طريق طلب المد أو الدفع Pay or Extend وهذا السلوك مؤسس على المنشورين الصادرين عن وزارة الماليه والاقتصاد رقمى ١٧-٢٢٧٣ فى ١٤٠٣/٦/٢٨ هجريه و٥٣ - ٣٣٦ الصادر فى ١٤٠٤/٣/٦ هجريه.

٤ - يلزم ان يكون خطاب الضمان غير مرهون صرفه بتوافر شروط يفرضها قانون او تعليمات او موافقات نقدية من بلد البنك المُصْدِرْ له .

٥ - وبالنسبة للبنوك الاجنبية ، يلزم ان تقدم خطابات الضمان من خلال بنك سعودى كمراسل محلى على ان يكون البنك الاجنبى هو المسئول المباشر ويضمن البنك المحلى فقط صحة التوقيع وصحة صدور خطاب الضمان عن البنك الاجنبى ويصرف خطاب الضمان عند استحقاقه من فرع البنك الاجنبى فى السعودية وكثيرا ما يشترط المستفيد السعودى

اصدار ضمان مقابل من فرع البنك الاجنبى فى السعودية .

٦ – يلزم ان يكون البنك الاجنبى مسجلا فى قائمة البنوك المسموح لها باصدار خطابات ضمان بنكية وبالنظر للمخاطر التى تحيط بالتعامل فى خطابات الضمان فى السوق السعودية ولضخامة المعاملات تشكل البنوك الاجنبية فيما بينهما (كنسورتيوم) Con-sortium تحدد نسبة التزام كل بنك عند صرف خطاب الضمان ويتم ذلك باتفاق خاص قبل او بعد أن يقدم البنك المُصْدِر لخطاب الضمان للمستفيد .

وقد يطلب البنك المصدر من الآمر توقيع كمبيالة بقيمة الضمان لصالح مجموعة البنوك المتقاسمة لاتصرف او تخصم الا اذا صرف خطاب الضمان ولم يغطه الآمر وهذا نوع من الغطاء فى شكل ورقة تجارية قابلة للخصم والتداول تُسْهُلْ اجراءات المطالبة بها عند الرجوع على الآمر وتلجأ البنوك الى هذا الاسلوب لصعوبة الوفاء بغطاء نقدى لخطابات الضمان الكبيرة .

والاوراق التجارية منظمة في السعودية بقرارات وقواعد من الجهات المختصة المشار اليها.

واهم المعاملات في خطاب الضمان البنكى تكون بمناسبة الضمانات الابتدائية وضمانات التنفيذ وضمانات الدفعة المقدمة وينظم اسلوب التعامل فيها المرسوم الملكى رقم ١٤ الصادر فى ١٣٨٧/٦/٢٣هجرية الذى حل محل المرسوم الملكى رقم ٦ الصادر في ١٣٨٦/٢/٢٤ هجرية والمنشور فى ١٣٩٨/٥/١٥ هجرية ، وبالرغم من الغائهما الا أنه مازال يشار اليهما فى التعليمات لأنهما اكثر تفصيلا .

والتحكيم فى خطابات الضمان الحكومية ممنوع الا بموافقة خاصة من رئيس مجلس الوزراء وذلك طبقاً للقانون ١٦٤ الصادر فى ١٤٠٣/٦/٢١ هجريه ويلتزم المتقدم لعطاء حكومى بتقديم خطاب ضمان بنكى ابتدائى بقيمة قدرها ١٪ الى ١٢٪ من قيمة العطاء أو مبلغا نقديا بذات القيمة وذلك لمدة ثلاثة اشهر قابلة للتجديد طبقا لرغبة ألمستفيد ويصادر اذا سحب المتقدم العطاء قبل ألبت فى العطاء .

ويلزم ان يكون خطاب الضمان غير مشروط يصرف دون اخطار الآمر طبقا للمادة ١٠ من القرار الوزارى الصادر فى هذا الخصوص رقم ١٣١ / ١٧ ويرد بعد رسو العطاء وتمام التعاقد وأحياناً يتضمن نص خطاب الضمان الابتدائى شرطا من البنك بانه غير ملزم بتقديم خطاب الضمان النهائى عند رسو العطاء على الآمر . وفى حالة عدم استطاعة الراسى عليه العطاء تقديم خطاب الضمان النهائى أو خطاب ضمان الدفعة الاولى تصرف الجهة المستفيدة خطاب الضمان الابتدائى .

وخطابات ضمان التنفيذ منظمة بذات المرسوم الملكى ويلزم ايضا ان تكون غير مشروطه باعتبارها بديلا عن التأمين النقدى ، وعلى البنك ان يراعى عند اصداره النص علي انه واجب الدفع عند التخلف عن الوفاء بأى شرط من شروط العقد وقرار المستفيد في ذلك نهائى غير قابل للمناقشة والدفع يتم فور المطالبة الكتابية سواء أكانت كليا أو جزئيا دون الالتيفات الى أى معارضة من الآمر .

ويلزم ان يكون خطاب الضمان موافقا للقانون السعودى ومحكوم به وذلك لأن القانون السعودى لم يتضمن أى نصوص بخصوص القانون الواجب التطبيق.

وضمان التنفيذ طبقا للتعليمات قيمته ٥٪ من قيمة العطاء قد يرتفع الى ٢٥٪ اذا كان مقدمه شركة تأمين ولا يقدم في العقود الاستثمارية وعقود توريد قطع الغيار وعقود الشراء المباشر، ضمان تنفيذ ويطالب الراسى عليه العطاء، بخطاب مسجل بعلم الوصول، من الجهة صاحبة العطاء تقديم خطاب الضمان النهائي ويُمْهِلهَا في ذلك مدة عشرة ايام قد تمد الى عشرة ايام اخرى قبل مصادرة الضمان الابتدائى وضمان الدفعة المقدمة يُقَدّمْ بها خطاب ضمان بكامل قيمتها وهى عادة ١٠٪ من قيمة العطاء ويلزم ان ينص فى خطاب الضمان على انه لا يسرى الا اذا دفعت الدفعة المقدمة لان المرسوم الملكى اغفل النص على ذلك واشترط ان يكون خطاب الضمان غير مشروط وتكون مخاطره كبيرة اذا لم يتضمن نص خطاب الضمان ربط سريانه بدفع الدفعة المقدمة فعلا وقد يكون فى اعطاء البنك تعليمات بعدم تسليم خطاب

الضمان الى الجهة المستفيدة الا اذا قبض منها اولا الدفعة المقدمة لحساب الآمر ، حالا مقبولا .

والقانون السعودى لم ينظم تاريخ انتهاء الضمان ولذلك ينتهى فى أجله المنصوص عنه فيه سواء فى ذلك الضمان الاصلى او المقابل ؛ الا أن الحكومة تربطه بالعقد الأصلى وتمام تنفيذه فى بعض أنواع الضمان وذلك بطلب الصرف أو المد.

والتنظيم القانونى للضمان على وجه العموم ولخطاب الضمان البنكى فى السعودية انما يعنى التعامل الحكومى .

اما نشاط القطاع الخاص فهو طليق ويتبع العرف الدولى فى خطاب الضمان البنكى وتنظمه عقود الطرفين ويلزم التحوط جدا فى ذلك حتى لا تطبق عليه أى على خطاب الضمان البنكى قواعد الكفالة فى الفقه الإسلامى وقد يلزم الاتفاق صراحة على القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائى او التحكيم وتحديد طبيعة خطاب الضمان نصا فى ورقته انعقادا، وأثارا، وإنتهاء .

خطاب الضمان البنكى فى الكويت

نظم التشريع الكويتي خطاب الضمان فى القانون التجارى رقم ٦٨ لسنة ٩٨ من ٣٨٢ الى ٣٨٧ وعرفه فى المادة ٣٨٢ تجارى بالآتى :

نص المادة ٣٨٢

تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ويوضح فى خطاب الضمان الغرض الذى صدر من أجله .

وهذا التعريف هو ذات التعريف الوارد بالقانون العراقى ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المادة ٢٨٧ .. وقد يوحى هذا التعريف ان البنوك الكويتيه لا تصدر خطابات ضمان مشروطه ولكنها تفعل وتتعامل دولياً فيه .

وهذا التعريف لخطاب الضمان النظيف أو الغير مشروط لم يؤدى الى استبعاد خطاب الضمان المشروط فى المعاملات البنكية فى الكويت طالما أن الشرط لم يخرجه عن طبيعته ولم يعلقه على إرادة الآمر .

وتمارس البنوك في الكويت جميع انواع خطابات الضمان وأحيانا يكون ذلك التزاما قانونيا مثل المادة ١٣٩ تجارى بحرى التى تلزم الوكيل البحرى ان يودع وزارة المواصلات مبلغ ستون الفا دينارا كويتيا أو كفالة مصرفية بالمبلغ ذاته غير مشروطة اى خطاب ضمان وذلك ضمانا لتنفيذ الأحكام القضائية التى تصدر على اصحاب السفن بمناسبة تواجدها في ميناء الكويت.

وكذلك يلزم القانون الكويتى سماسرة البورصة بإيداع مبالغ نقدية أو كفاله ضمانا لتعاملاتهم ومن هذا القبيل ايضا ما تشترطه ادارة التعليم فى لوائحها المالية علي المدارس الخاصة بايداعها مبالغ تعينها او ضمان مصرفى غير مشروط ضمانا لوفاء هذه المدارس بالتزاماتها .

نص المادة ٣٨٣

وتقول انه يجوز للبنك ان يطلب تقديم مقابل اصدار خطاب الضمان اى الغطاء كما تجيز هذه المادة ان يكون الغطاء الذى عبرت عنه بالتأمين هو تنازل الآمر للبنك عن حقه قبل المستفيد .

ونرى ان هذه المادة معيبة فهى تقحم البنك على العملية التجارية التى يلزم ان يكون البنك بعيدا عنها فى المفهوم الدولى والممارسات الدولية لخطاب الضمان

نص المادة ٣٨٤

وهذه المادة اكثر من معيبة ويجرى نصها كالآتى :

لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان الا بموافقة البنك ..

ليس للمستفيد اى حق فى مبلغ خطاب الضمان الا عند طلبه وبعد قبضه له أما قبل ذلك فان مبلغ خطاب الضمان لم يخرج من ذمة البنك ولا يستطيع البنك بدوره ان يوافق او لا يوافق للمستفيد الذى لم تكون له حقاً فى ذمته بالتنازل عنه للغير ، فمبلغ خطاب الضمان الذى لن يخرج من مال البنك الا بطلبه فى موعده وبشروطه وبعد قبضه لايمكن تصور مكنة وجوده أو تقرير وجود اى حق عليه للمستفيد او إعطاء المستفيد على مبلغه اى حق من اى نوع حتى يتم قبضه له ، وبعد ذلك وليس قبله ، فهو ماله يدخل ذمته المالية .

المـــادة ٣٨٥

وتقول أنه لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالآمر او علاقة الآمر بالمستفيد وهذا قول حق وهو تطبيق مباشر للتعريف ونظام خطاب الضمان البنكى.

وهذا المفهوم الذى يفصل بين العلاقات الثلاث المحيطية بخطاب الضمان ويفهمها مستقلة عن بعضها لا يسايره نص المادتين السابقتين بل ان هاتين المادتين تتناقضان مع التعريف الذى اورده القانون ذاته فى المادة ٣٨٢ .

المـــادة ٣٨٦

تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع الا اذا اتفق صراحة على تجديدها .

وهذه المادة التى تعالج انتهاء خطاب الضمان أحسنت صياغتها واخذت بالتعبير الصحيح بكلمة (تجديد خطاب الضمان) وليس مده .

المـــــادة ٣٨٧

وتتحدث عن رجوع البنك على عميله وتقول ان البنك إذا أوفى للمستفيد بقيمة خطاب الضمان حل محله فى الرجوع على الآمر .

وهذا خلط معيب للعلاقات الثلاثة المنفصلة تماما فالبنك يرجع على عميله (الآمر) طبقا لعقده وبشروط هذا العقد وضماناته وليس بالحلول والا أقحمناه على العلاقة التجارية وندخل البنك في دوامه الحلول ويكون للآمر كافة الدفع والدفاع التى له قبل المستفيد وسبق ان أوضحنا ذلك. ثم ماذا يكون الحال اذ لم يكن للمستفيد اى حق قبل الآمر ؟

وهكذا نرى انه بالرغم من أن تعريف القانون الكويتى لخطاب الضمان يفهم منه انفصال العلاقات الثلاثة وأنه التزام مباشر على البنك لحساب المستفيد وشخص وورقته كافيه بذاتها ومجرد عن السبب الا ان هذا القانون عاد بعد ذلك وخلط الاوراق وعبث بالمفاهيم التى تفهم من تعريفه ففى المادة ٣٨٣ خلط بين عقد الخدمة المصرفية، بين البنك والآمر، وهو السند الوحيد الذى يرجع به البنك على الآمر عند اللزوم وبين خطاب الضمان ذاته وأجاز ان يكون الغطاء هو تنازل عن حق الآمر قبل المستفيد وهذا الحق قد لا يوجد اطلاقا او لايوجد بصورة مال سائل .

هذا علاوة علي اقحام البنك فى العملية التجارية ذاتها ودخوله فى دوامه الدفوع والدفاع التى والذى يكونا للمستفيد ضد الآمر ويُخَلِّص الآمر. من مسئولية عالقة برقبته هو ليضع رقبه البنك بدلا منها ويخل ذلك ايضا بجوهر خطاب الضمان السرعة والثقة والوضوح ..

ويلزم للمتعامل في خطاب الضمان الكويتى أن يكون حذرا في صياغته على وجه العموم وان يعالج فى نص ورقته هذه المتناقضات على وجه الخصوص .. وعلى الاخص فى المعاملات الدولية .

ويلزم ايضا ان يُنْتَبَه الى عمله الوفاء فالبنك يوفى للمستفيد بالمبلغ النقدى وبالعملة الواردة فى صك خطاب الضمان وهو بعد ذلك يعود على عميله بما دفع وسند البنك فى ذلك هو عقد الخدمة المصرفية فاذا لم يحدد سند الضمان نوع العملة التى يدفع للبنك بها مادفعه فان نص المادة ١٧٤ فقرة ٢ من القانون المدني الكويتى تسمح للبنك ان يدفع بالعملة الكويتية ونص المادة ٣٨٧ من القانون التجارى السابق الإشارة اليها تحل البنك محل المستفيد حلولا قانونيا فى الرجوع على الآمر وهذا الحلول يؤدى الى ان البنك سوف يرجع على العميل بذات العملة التى دفع هو بها وفى حدود ما للمستفيد قبل الآمر فإذا كانت هذه المادة هى الواجبة التطبيق فى هذه الحالة فإن التشريع التجارى الخاص بخطابات الضمان أحق بحكم خطاب الضمان فى المادة ١٧٤ فقرة ٢ مدنى وان كان ذلك النظر يخالف ما ذهبت اليه محكمة النقض الكويتيه فى حكمها الصادرة بتاريخ ١٥ /١ /١٩٩٠ والذي لم ينشر بعد وهو طعن على الإستئناف بالغاء الحكم ٥٤٥٩ / ٨٣ وأيد النقض حكم الإستئناف لذلك ننصح بالتحوط فى عقد الخدمة المصرفية بين العميل والآمر على تحديد نوع عملة الوفاء وهذا أسلم .

أما بخصوص العلاقات الثلاثة المحيطية بخطاب الضمان :

(١) البنك والآمر ‏ ‏ ‏ ‏ عقد الخدمة المصرفية.

(٢) البنك والمستفيد ‏ ‏ ‏ ‏ خطاب الضمان ذاته.

(٣) الآمر والمستفيد ‏ ‏ ‏ ‏ عقد العملية التجارية الاساسية .

فان اعمال هذه العلاقات وممارستها فى البنوك الكويتية متفقة مع المفهوم الدولى لخطاب الضمان وغالبا ما يلتقى التطبيق الفعلى والعملى مع السائد فى مصر وليس هناك خلافات ذات بال الا بعض الاجتهادات الفقهية .

وكذلك الحال فيما يتعلق بانقضاء خطاب الضمان وعدم مُكْنَة الحجز على خطاب الضمان .

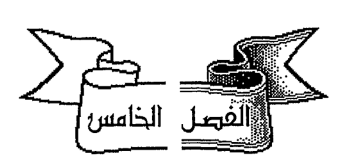
وسبق ان اشرنا الي بعض نصوص القوانين الكويتية التى تنص على وجوب تقديم ضمان

نقدى أو بنكى فى احوال معينة بالذات .

ولكن التعامل فى السوق الكويتية يشمل جميع أنواع خطابات الضمان المعروفة عالميا ، بتقسيماتها المختلفة .

وهذه القراءه فى القانون الكويتى تؤكد ان السائد فى الكويت بالنسبة لخطاب الضمان هو السائد فى مصر وان مفهوم خطاب الضمان فى الكويت هو ذات مفهوم فى العرف الدولى .

هذه القراءة السريعة لمفهوم خطاب الضمان البنكى فى البلاد الاسلامية غير هادفة الى دراسته ولكن مجرد تعريف والإتفاق مع هذه البلاد على التحكيم الدولى للمؤسسات الدولية او تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان والإختصاص القضائى هو المخرج التى تتوسل به الدول الرائده فى التجارة الدولية لسلامة الفصل فى اى نزاع يثور عند النزاع، بصرف النظر عن ان العرف البنكى الدولى سائد فى هذه البلاد غالبا .



خطاب الضمان البنكى في بعض دول أوربا

الفصل الخامس

خطاب الضمان البنكى فى بعض دول أوربا

فى فرنسا

فرنسا من الدول التى ترجع قوانينها الى جذور رومانية وكان منحنى التطور فيها الى النظرة الشمولية، وهى المدرسة اللاتينية، ومنها اسبانيا وايطاليا وبلچيكا و مصر.

اما المانيا فلها نظرة متميزة أثرت على القانون الفرنسى وغيره وفى هذه البلاد. يضع القانون قواعد عامة للتصرفات القانونية ويرد كل تصرف الى قاعدة من هذه القواعد وفيها أفرزت وتطورت نظرية الإلتزام ومصادرها. ويميل القانون الفرنسى لرد التصرفات القانونية الى قاعدة عامة لمصادر لالتزامات والحقوق التى قننتها تشريعيا . وفى عقد الضمان او الكفالة يربط القانون الفرنسي الالتزام بالضمان بالعقد الاصلى، والتزام المضمون به ويترتب على ذلك ان حق المستفيد فى الصرف مرهون بتخلف المضمون عن تنفيذ التزامه او تعذر ذلك بسبب يرجع اليه أو بخطأ منه.

وهذا النظر فى القانون الفرنسى يؤثر تأثيرا سلبيا على مفهوم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية ذلك انه مبنى على نظرية السبب ويفترض انه يلزم ان يكون لكل التزام سببا يرتبط به وجودا وعدما ولذلك أُعتبر خطاب الضمان البنكى فى فرنسا في جوهره كفالة من الناحية الفقهية.

ولكن القضاء تغلب على ذلك للأخذ بمفهوم خطاب الضمان البنكى فى العرف الدولى فقال القضاء ان خطاب الضمان ليس كفالة عادية او تقليدية ولكنه كفالة من نوع خاص تحكمها قواعد خاصه بها .

وقد فَصَلُوا خطاب الضمان البنكى عن عقد الضمان التقليدى ، وأمّا عن عقبة السبب فقد قالوا ان السبب ليس من الّلازْم النص عليه فى ورقة خطاب الضمان ويمكن رده الى رغبة العميل الآمر فى الحصول على الصفقة ولا تطبق المحاكم الفرنسية على خطاب الضمان البنكى ما تنص عليه القوانين فى فرنسا من شروط تَحْكُمْ الضمانات العادية والجانبية او المساعدة وتطلب فقط ان يكون خطاب الضمان البنكى مستوفيا الشروط الشكلية عند اصداره الا في حالات الخطأ المعدم له أو الغش الضالع فيه المستفيد او التزوير .

ويتوسع القضاء الفرنسى اكثر من القضاء الانجليزى والامريكى والكندى فى تطبيق الخطأ أو الغش المبطل لخطاب الضمان البنكى والمنازعات حول خطاب الضمان البنكى من اختصاص القضاء التجارى اما الاجراءات الوقتية فى خطاب الضمان من اختصاص القضاء المستعجل او الأوامر القضائية، وكذلك فى انجلترا، وذلك فيما يتعلق بطلب وقف صرف خطاب الضمان مؤقتا الى ان يحكم موضوعيا فى النزاع .

ولا تلتزم المحاكم فى فرنسا ومصر باتباع المبادئ التى تقررها محكمة النقض ، الا ان ذلك فى الممارسات قليل الحدوث جدا .

وإستقر القضاء فى فرنسا على ان خطاب الضمان البنكى هو نظام خاص قائم بذاته ولا يندرج تحت اى مظلة من تلك التي ترد اليها العقود فالضامن فى خطاب الضمان البنكى (اى البنك) انما ينفذ التزامه هو المباشر للمستفيد ولا يعفى البنك من التزامه بالصرف الا غش المستفيد البين .

وَأصلّتْ المحاكم مذهبها فى اعتبار خطاب الضمان البنكى نظاما قائما بذاته برده الى المادة ١١٣٤ مدنى من القانون المدنى الفرنسى التى تقرر ان اطراف العقد احرار فى تقرير ما يرونه بارادتهم وصياغة عقودهم على النحو الذى يحقق مصالحهم .

وتصدر خطابات الضمان فى فرنسا عن البنوك واجاز القانون الفرنسى لبعض المؤسسات المالية وشركات الضمان التعاونية والبنوك التعاونية ولمؤسسة المناقصات العمومية، اجاز

لهؤلاء، حق اصدار خطابات الضمان فى النشاط المحلى ، وكذلك خَوَّلَهَا الحق فى إصدار كفالات او خطاب ضمان تأمينى ضد إعسار المدين وذلك فى صورة كفالة او فى شكل خطاب ضمان ، وسند هذه الممارسات هو القانون الصادر فى ١٩ / ١٠ /٣٦ والقانون الصادر فى ١٤/١٠/٦٤ .

وحذّر القانون الصادر فى ١٣ /٧ / ١٩٣٠ على شركات التأمين اصدار بوالص تأمين الائتمان ولكن القانون الصادر فى ٧/٢/٥٣ أجاز فى المادة ٨٨ تأمين الدائن ضد اعسار مدينه لعدم وفائه فى الميعاد ولكن تأمين المدين غير جائز وفى حالة تأمين الدائن تحل الشركة محل الدائن طبقا لاحكام القضاء وان تعارض ذلك مع نص المادة ١٢٥١ /٣ مدنى فرنسى وهذا التأمين لا يعتبر كفالة .

وتقوم الجمعية الفرنسية لتأمين التجارة الخارجية وهي مؤسسة حكومية بضمان الكوارث والمخاطر الغير العادية بالاشتراك مع البنك الفرنسى للتجارة الخارجية ويستوى ان تكون المخاطر لاسباب سياسية او مالية وتشمل مظلّتها تقديم ضمانات للمصدرين والمستوردين وحتى البنوك عند ممارسات الضمانات البنكية فى التجارة الخارجية وما تقدمه هذه المؤسسة يعتبر كفالة مدنية طبقا لحكم محمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٤ /١ /٦٣.

وخطابات الضمانات البنكية التى تصدرها البنوك الفرنسية تساير العرف البنكى الدولى في الإصدار والتطبيق والإنتهاء فالعلاقة بين البنك والمستفيد مباشرة ومستقلة عن علاقة الآمر بالبنك أو بالمستفيد.

والشركات المالية المتخصصة فى فرنسا (Financier Specialese) والقائمة منذ ١٩١١ تتعاطى اعمال الكفالة المحْذُوره على شركات التامين بالنسبة للشركات التى تكونها او تشترك فى نشاطها .

وهذه الشركات المالية المتخصصة ، يلزم عند انشائها الاكتتاب فى رأس المال بالكامل ويلزم أن يكون لها تعاقدات مع الجهات الادارية والماليه التى تَسْتَعْمِلها مثل الجمارك ،

والضرائب ويحدد ترخيص انشائها اوجه نشاطها والتى قد تشمل الوساطة التجارية فى بيع سندات الحكومة والاسهم وتمنح القروض قصيرة الاجل ، وخصم الاوراق المالية واصدار الكفالات واصدار خطابات الضمان .

وتخضع هذه الشركات المالية المتخصصة لإشراف ورقابة الدوله وتلتزم بالاحتفاظ بحافظة أوراق مالية من الدرجة الاولى لدى بنك وذلك لضمان الحقوق المالية التى قد تستحق عليها كما تلتزم بالتأمين على التزاماتها بنسبة مقدارها ٩٠٪ من قيمتها لدى شركات تأمين الإئتمان

والحصيلة بالنسبة لخطاب الضمان البنكى فى فرنسا هى :-

اولا : منظم بالقانون وذلك باعتباره يُرَدْ الى الكفالة فى التأصيل القانونى ويعتبر عقدا تحكمه القواعد العامة بالنسبة للعقود فى القانون المدنى .

ثانيا : الممارسات الفعلية واحكام القضاء أعملت مقتضى العرف البنكى الدولى واصبح خطاب الضمان بسماته المميزة له وآثاره مستقرا تماما ولم يعد هنا تردد فى اعتباره فقها وقضاء وسيلة قانونية ذات طبيعة خاصة تختلف فى أحكامها وطبيعتها عن عقد الوكالة او الكفالة تأسيسا على المادة ١١٣٤ والتى تقرر انه لا قيد على حرية أطراف التعاقد فى ابتداع عقد خارج على القواعد العامة التى تحكم الضمان والكفالة .

ثالثا :يرد خطاب الضمان فى إعْمَالْ مقتضاه الى ورقته وما ورد بها وهذا أمر مستقر ومعترف به كما تقول محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٧ / ١٢ / ١٩٥٢ والذى أكدت فيه ان خطاب الضمان أداة مستقلة وليست كفالة او أى نوع من انواع الضمانات الاخرى .

وهكذا حسمت المشكلة الاولى الخاصة بقيام خطاب الضمان باعتباره نظاما قائما بذاته ، اما المشكلة الثانية التى واجهت خطاب الضمان البنكى فى فرنسا فهى التجرد عن السبب وكان السبب يرد الى عقد الآمر مع البنك ، او الى عقد الآمر مع المستفيد او الى كلاهما .

وذهب البعض الى ان السبب كامن فى الدافع الاقتصادى الذى تتوخاه العلاقات المحيطية بخطاب الضمان والذى صدر هو لمناسبتها، ونُظِر الى خطاب الضمان باعتباره نوعا من التأمينات والضمانات التى تُرَدُّ الى العقد الاصلى ، ويؤدى ذلك الى ان يكون مقبولا فيه تَقَصِى هذا العقد وإقحامه على خطاب الضمان عند المطالبة بصرفه للتأكد من أنه ليس عملا غير مشروع واعطى ذلك القضاء الفرنسى حرية أوسع عند النظر فى طلبات وقف الصرف وكذلك عند النظر فى إبطال خطاب الضمان أو إلغاءه تأسيسا على الغش او التزوير او الخطأ الضالع فيه المستفيد او الذى تم بعِلْمه وتوسعت المحاكم الفرنسية فى اعتبار المستفيد مخطئ أو سئ النية للتوصل الى الغاء خطاب الضمان أو وقف تنفيذه ، وذلك على عكس القضاء الانجليزى الذى يحصن خطاب الضمان من الالغاء او إيقاف التنفيذ المؤقت ويشترط لاعتبار المستفيد متورطاً أو عالماً بالغش او التزوير شروطا شديدة وان يكون الأمر واضح ومقطوع به.

احكام القضاء الفرنسى

أرست محكمة النقض الفرنسية فى احكامها الطبيعة القانونية لخطاب الضمان البنكى ، باعتباره وسيلة مختلفة عن الضمان العادى او الكفالة متميزة ومستقلة وذات طبيعة خاصة ، كما قضت محكمة النقض الفرنسية ايضا بان البنك لايضمن بمقتضى خطاب الضمان عميله الآمر عن تخلفه عن الوفاء بالتزاماته التعاقد به فى علاقته بالمستفيد او خطئه في ذلك وقالت إنما هو التزام مباشر قبل المستفيد وعليه فالبنك المصْدِرٌ لخطاب الضمان لا يمكنه رفض الدفع على أساس دفاع مستمد من العقد الاصلى الذى ينظم علاقة الآمر بالمستفيد .

وقضت المحاكم الفرنسية ان النص فى خطاب الضمان – غير المشروط – على العقد الاصلى لا يؤثر على حق المستفيد في الصرف او يضع علي عاتقه أى التزام .

وتعتبر المحاكم الفرنسية ان المعروض عليها هو خطاب ضمان بنكى متميز عن الكفالة او الضمان العادى ، وذو طبيعة خاصة ومستقلة من واقع دراستها لنصه وكلمات وتعبيرات هذا النص ولاتربطه بالعقد الاصلى اذا كان منصوص فيه بوضوح على التزام البنك بالدفع بمجرد الطلب وأنه غير مشروط .

اذا نص في خطاب الضمان على اى مستندات او عبارات او كلمات يفهم منها انه غير مشروط إعتبرته المحكمة كذلك اما اذا تضمن القول بأن يكون الوفاء به من البنك او الآمر فالقضاء الفرنسى يعتبره مجرد ضمان عادى وليس خطاب ضمان بنكى ذو الطبيعة الخاصة..

حكم المحكمة التجارية فى باريس ٨٣/٧/٨

وحكم بأن عقد الآمر بالبنك يعتبر فى بعض الأحيان عقد وكالة وهذا فى الواقع قد يتعارض مع طبيعة وآثار خطاب الضمان البنكى الذي فيه يكون البنك ملتزما مباشرة في مواجهة المستفيد وليس باعتباره وكيلا عن عميله ، ولذلك يرى الفقهاء اعتبار هذا العقد بين العميل والبنك عقد خدمة بنكية وليس عقد وكالة .

حكم محكمة باريس ١٩٨٢/٦/٢

ولا يُلزِم القضاء فى فرنسا المستفيد فى خطاب الضمان غير المشروط ان يقدم اى مستندات عند الصرف فهو منفصل عن العقد الأصلى ولا يلزم المستفيد ايضا بإثبات سبب الصرف او هدفه اللهم الا مجرد تقديم الاوراق او المستندات المطلوبة عند الصرف طبقا لنص خطاب الضمان إذا كان مشروطا .

وحكمت المحاكم فى فرنسا ايضا بان خطاب الضمان البنكى غير مرتبط بالعقد الاصلى الذى صدر بمناسبته وأنه لا يمكن صرفه تأسيسا على علاقة أخرى من العلاقات المحيطة به .

حكم محكمة باريس ٨٣/٥/٢٥

وهذا الحكم من الاحكام التى توسعت فى إعتبار المستفيد مخطئ وسيئ النية عند تقدمه

لصرف خطاب الضمان وكان نص الضمان قد تضمن الالتجاء الى التحكيم عند اى نزاع ورفع التحكيم فعلا قبل تقديم المستفيد للصرف واعتبرت المحكمة ان المستفيد قد أخطأ ولم يكن له حق فى صرف خطاب الضمان حتى يتم الفصل في التحكيم .

المحكمة العليا باريس ١٩٨١/٥/٤

وتقول اذا صدر خطاب الضمان مقابل من بنك فرنسى الى بنك اجنبى مقابل اصدار الاخير خطاب ضمان للمستفيد المحلى فلا يعد البنك الفرنسى مدينا للمستفيد وإنما للبنك المحلى وذلك اذ لم يكن معززا .

حكم النقض فى ١٠/١٤/ ٨١

وفيه قضت محكمة النقض بعدم جواز الحجز على مبلغ الضمان من الآمر تأسيسا على أنه نفذ التزامه فى العقد الاصلى المضمون بخطاب الضمان فى حين ان المستفيد يطلب صرف خطاب الضمان تأسيسا على ان التنفيذ وإن تم الا أنه لم يكن مرضيا .

والاحكام التى اوردناها منقولة عن كتابىّ :

١- (Norbet Horn & Eddy Wymeersch) ضمانات البنوك وخطابات الاعتماد المستندى بالضمان فى التجارة الدولية

٢- كتاب موشيل رو (الضمانات وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان)

المبادى السائدة فى تطبيقات خطاب الضمان فى فرنسا

ويحكم الضمانات فى فرنسا قانون المديونية الصادر سنة ١٨٠٤ المجموعة المدنية مادة ٢٠١١ وتلك هى الضمانات التقليدية وهى غير الضمان البنكى غير المشروط والضمان

التقليدى فى فرنسا متاح للإلتزامات المشروعة غير المخالفة للنظام العام بشرط الا يتضمن عقد الضمان شروطا أشد علي الضامن من تلك المقررة على المدين ويلزم تحديد مدى التزام الضامن والاشمَلَ كافة التزامات المدين الاصلى ، وهو اصلا التزام ثانى لا يقوم الا بعد الرجوع على المدين الاصلي وتجريده فإلتزامات الضامن هى ذاتها التزامات المدين الا اذا كان هناك تضامن بينهما .

والضمان التقليدي عقد يلزم توافر أركانه أطرافا، وموضوعا، وسببا، وصحة شروط الانعقاد واهلية الالتزام كما يلزم ان تكون صياغته واضحة لالبث فيها أو شك مكتفى بذاته اى بصكه دون الاحالة الى اوراق خارجية وللضامن كافة دفوع ودفاع المدين الاصلى فى مواجهة الدائن .

ولكن خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية يختلف فى فرنسا تماما عن هذا الضمان التقليدى، ويلزم أن تكون صياغة خطاب الضمان البنكى واضحة الدلالة على انه ليس ضمانا تقليديا .

وإنما هو التزام مباشر من البنك لمستفيد معين بالذات، ويلزم التحوط بعدم استعمال الكلمات والتعبيرات التى تَرِدْ عادة فى عقود الضمانات التقليدية مثل كلمة الكفالة او ان ينص فيه على انه صادر من البنك والعميل الآمر ، فهذا يفسده كخطاب ضمان بنكى قد تعده المحاكم ضمانا تقليديا حتى اذا نص فيه على الدفع بمجرد الاطلاع او ان يكون صكه وورقته غير كافية بذاتها لإعمال مقتضاه او ان يقال فيه مثلا « ندفع لكم بمجرد الاطلاع مبلغ كذا اذا وافق عملنا فلان على ذلك » او بعد رجوعكم عليه أولا الالتزام يجب أن يكون مباشر ومستقل من البنك المصدر الى العميل مباشرة.

يراجع حكم محكمة باريس رقم ٨٣/٢٩٧ فى ٨٣/١/٢٦ .

وعادة ما يطلب المستفيد صياغة معينة لخطاب الضمان البنكى الذي يقبله طبقا للقواعد المقررة فى بلده. ولكن البنوك فى فرنسا لا تقبل مثل هذه الصياغة دون مناقشة عميلها

ومراجعته وتبصيره بمخاطر هذه الصياغة او تناقضها وغموضها وتكاليفها الباهظة عليه .. وذلك باعتبارها تقدم لعميلها خدمة بنكية والتزام البنوك فى فرنسا باعطاء النصيحة هو التزام قانونى عليها حتى ولو لم يطلب العميل ذلك ولكن القرار النهائى للعميل في قبول الصياغة من عدمه وقد يكون خطاب الضمان البنكى فى فرنسا مشروطا او غير مشروط علي النحو السابق شرحه فلا يلتزم المستفيد إثبات صحة الورقة المستند المشروط تقديمه موضوعيا وكذلك البنك.

(حكم محكمة باريس رقم ٤٣٦ / ٨٣ فى ٢ / ٦ / ٨٢)

ويلزم فى فرنسا ان يكون خطاب الضمان البنكى مكتفيا بصكه غير مضاف الى اى صك خارج عن ورقته يكون مرتبط بالعقد الأصلى الذى أفرزه .

" حكم محكمة باريس رقم ٢٠٩ / ٧٩ فى ١٤ / ١١ / ٧٨ "

" حكم محكمة باريس رقم ٢٠٣ / ٨٤ فى ٢٤ /١ / ٨٤ .

ويلتزم البنك بالوفاء بخطاب الضمان ودفع قيمته عند طلبه من المستفيد إما بمجرد الطلب او اذا اقترن الطلب باستيفاء الورقة المطلوبة لصرفه تحقيقا لشرطه والمنصوص عنها فى صلبه.

وليس للبنك اى حق فى الاحتجاج بدفاع ودفوع عميله النابعة من عقد علاقته بالمستفيد فعلاقته مع المستفيد مباشرة ومستقلة حتى لو نص في خطاب الضمان انه صدر بمناسبة العقد المؤرخ ... كذا .. اذا ان ذلك باعث الآمر لطلب الضمان وليس سببا لخطاب الضمان المجرد عن السبب والمطهر من الدفوع والبنك فى فرنسا غير ملزم باخطار الآمر بالصرف وان كانت البنوك واقعيا تفعل ذلك .

ويلتزم الآمر بتعويض البنك اذا صرف المستفيد خطاب الضمان بصرف النظر عن حق المستفيد فى الصرف طالما أن المطالبة كانت مستوفاة شكلا وللآمر ان يرجع على المستفيد طبقا لعقدهما .

رفــض الدفــع مــن البنــك

وطبقا لما هو جارى عليه احكام القضاء يلتزم البنك بعدم الصرف والا فَقَدَ الحق فى الرجوع على العميل بشرط " ان يكون هناك غشا فاضحا من المستفيد فى طلب " " الصرف يَسْهُلْ على البنك ادراكه "

فاذا طلب مستفيد صرف خطاب الضمان تأسيسا علي ان البضاعة لم تصله وقدم العميل للبنك شهادة من بلد المستفيد مقطوع بصحتها بأن المستفيد إستلم البضاعة من الجمارك فان البنك هنا فى رأى القضاء والفقه يلتزم بعدم الصرف دون إقحام نفسه فى الموضوع حتى يحكم فى النزاع، أو اذا كانت المطالبة بقيمة خطاب الضمان من المستفيد فى بلد اجنبى وكان من الواضح المقطوع بها طلب الصرف دوافع سياسية، او اذا كان هناك خلاف معروض على التحكيم حول علاقة الآمر بالمستفيد حول خطاب الضمان وطلب المستفيد الصرف بعد قيام التحكيم وقبل الفصل فيه، أو اذا كان العقد الاصلى قد أنهته المحكمة تأسيسا على خطاب المستفيد .

ويلاحظ أن البنك يأخذ قراره تحت مسئوليته الا اذا لجأ الآمر الى طلب أمر بإيقاف الصرف بايحاء من البنك والبنوك الفرنسية أقل رغبة او حرصا على صرف الضمان من البنوك الانجليزية او الامريكية والتى تحترم الى أبعد مدى التزام البنك بالصرف الا فى الاحوال النادرة وبشروط صعبة .

وقف الصرف فى فرنسا

وقف الصرف فى فرنسا له وسيلتين :

الأولى :

الالتجاء من الآمر أو البنك أو من كلاهما الى القاضى المستعجل بطلب وقف الصرف للمستفيد مؤقتا وحتى تمام الحكم فى النزاع الموضوعى لغش المستفيد أو إساءة استعمال حقه.

(والقضاء فى فرنسا متساهل فى ذلك سواء ضد البنوك الاجنبية او المحلية .. وغالبا ماتلغى هذه الاوامر استئنافيا ويكون الآمر قد استوفى غرضه من تعطيل الصرف ، وهدم فاعلية خطاب الضمان .

الثانية :

الحجز تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان ويؤصل ذلك على ان المستفيد وقد طالب بالصرف فعلا فان البنك بمجرد الطلب يصبح مدينا للمستفيد بقيمة الضمان التى مازالت فى ذمة البنك ولن يتم الوفاء بها والآمر يؤسس طلب حجزه التحفظى على انه طبقا لعقده مع المستفيد هو دائن له سواء بمبلغ الضمان او باكثر منه ولذلك فمن حقه ان يحجز تحفظيا تحت يد البنك على دين مستحق فى ذمة البنك لمدينه .

ومن الواضح أن الآمر يلزم ان يقدم طلبه بعد طلب الصرف للمستفيد لانه قبل ذلك لا يكون المستفيد دائن للبنك طبقا لمفهوم خطاب الضمان البنكى .

ويلاحظ انه فى حالة الضمان المقابل الصادر من بنك فرنسى لمصلحة بنك اجنبى هو الذى أصدر محليا خطاب الضمان للمستفيد يكون البنك الفرنسى مدينا للبنك الاجنبى وليس للمستفيد فلا تصح وسيلة الحجز التحفظى عليه الا اذا كان ملتزما هو ايضا للمستفيد مع البنك الاجنبى فى حالة التعزيز ، ويكون للمستفيد الرجوع على احدهما فاذا كان قد رجع على البنك المحلى فلا مال له فى البنك الفرنسى للحجز عليه وطلبه من البنك الفرنسى لا يمنعه من الرجوع على البنك الاجنبى اذا لم يكن قد صرف فعلا ويصعب على الآمر ان يحجز على البنكين تأسيسا على الواقع العملى أو لعقبات قضائية وقانونية متعلقة بالاختصاص وخلافه.

وكذلك لا تصلح وسيلة الحجز فى خطابات الضمان غير المشروط الذى وافق فيه العميل ابتداء ، وفى خطاب الضمان، على عدم حَقِهِ فى الاعتراض على الصرف لاى سبب من الاسباب خارجه عن شروط الضمان ذاته الثابتة فى ورقته..

١ - حكم النقض الفرنسى فى ٨١/١٠/١٤ " " القضية ٣٠١ / ٨٨٢ "

٢ - حكم محكمة باريس ١٩٥٥ / ٨١ فى ١٣ / ٥ / ٨٠ "

واذا ما صدر امر الحجز يودع المبلغ فى حساب خاص مجمد لا يجوز للمستفيد صرفه او تحويله للخارج وينهى ذلك خطاب الضمان البنكى بالنسبة للبنك ويسوى البنك علاقته فى خصوصه بالآمر سواء بالنسبة للغطاء أو لقيمة الضمان المنصرف أو المصاريف أو العمولات واذا حكم للآمر موضوعيا يرد المبلغ لحسابه .

منازعات خطاب الضمان البنكى
فى فرنسا

من الطبيعى ان تتناول المنازعات سواء أكانت تحكيمات او قضايا وفيها أكثر من وجهة نظر بالنسبة لأطرافها أو البنوك أو الحكم الصادر فيها ، وهى تدور حول مفهوم خطاب الضمان البنكى دوليا فى البلاد والقوانين المختلفة .

وهذه المتابعة أساسية ولازمة فدراسة خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية ليست فى المقام الاول دراسة فقهية ولكنها دراسة ممارسة عملية هذا إلى جانب الاحكام والسوابق القضائية ونظره المتعاملين لاحكام خطاب الضمان سواء المستفيد او الآمر أو محاموا كل منهما. ذلك هو الذى يشكل الطبيعة الخاصة لخطاب الضمان البنكى فى العرف الدولي المنشئ لخطاب الضمان البنكى من حصيلة هذه المذاهب والاراء والاحكام .

تحكيم رقم (٥٠٩١) .I.C.C فى ٨٦/٢/٢٥

سنة ١٩٨٢ قام وكيل مبيعات لشركة سويدية فى فرنسا بتقديم عرض لشركة فرنسية بشراء معدتين وفى سنة ١٩٨٣ تم التعاقد على المعتدتين واتفق على أن يحكم العلاقة القانون الفرنسى وأن تختص بالتحكيم فى اى نزاع .I.C.C .

وإعمالا لهذا ألاتفاق كلف الجانب السويدى بنكه في فرنسا باصدار خطابين ضمان غير مشورطين مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع للشركة الفرنسية المشترية بقيمة قدرها ٥٪ من التعاقد وذلك كضمان تنفيذ وجدية تعاقد ، وأجل الضمان سنة تبدأ من تاريخ تشغيل الآلتين.

وفى يوم ١٩ / ٧ / ١٩٨٤ تم التوريد. - وفي الشهر التالي (اغسطس ١٩٨٤) صرفت الشركة الفرنسية قيمة الضمانين ٢٠٠ ألف فرنك سيويسرى لانها لم ترضى عن المعدتين - ورفع التحكم وقالت الشركة الفرنسية ان احد الماكينتين غير مطابقة للمواصفات التعاقدية، وأن عملية التشغيل تأخرت، وطلبت استرداد رسوم الاستيراد والمصاريف التى انفقتها فى التجربة.

وطالبت الشركة السويدية استرداد مصاريف السفر والإقامة ودفع فواتير الاعمال التى تمت فى فرنسا وإسترداد قيمة غطائىّ خطاب الضمان والفوائد بواقع ١٣٪.

وصدر حكم التحكيم وهو يقضى برد قيمة خطابىّ الضمان ودفع بعض الفواتير التى قدمها الجانب السويدى بالاضافة إلى الفوائد القانونية طبقا للقانون الفرنسى، كما الزم الجانب السويدى أن يدفع للجانب الفرنسى تعويضا عن بعض رسوم الاستيراد وبعض المصاريف. وقرر الحكم ان تُدْفَعْ مصاريف التحكيم بواقع الثلث على الجانب السويدى والثلين على الجانب الفرنسى .

القضية رقم ٢١٦٥ فى ٨٥/٥/٢٨ فرساى ٢٩/١ /١ ١٩٨٥/٣/٢

تعاقدت شركة ايطالية على اقامة مشروع فى العراق، وأسندت ذلك من باطنها الى مصنع فرنسى من خلال شركة فرنسية وإلتزمت ألشركة الفرنسيه بتقديم ضمان بالتنفيذ للشركة الإيطالية ، وأمرت بنكها فى فرنسا بذلك والذى كلف بنك إيطالى باصدار خطاب الضمان المطلوب للشركة الايطالية، مقابل خطاب ضمان منه للبنك الايطالي، ثم أفلست الشركة الفرنسية وطالب البنك الايطالى بصرف قيمة خطاب الضمان المقابل، إعترض على ذلك الآمر وُطلب من محكمة فرساى تجميد دفع خطاب الضمان تأسيسا على أن ألبنك إلايطالى لم يقدم ما يدل على أنه صرف قيمة ألضمان للشركة الإيطالية. وحَكَمَتْ محكمة فرساى بالتجميد قائلة انه يلزم على الاقل ان يكون هناك دليل على ان البنك ألايطالى قد صرف الضمان .

وهذا النظر لا مجال له فى القضاء الانجليزى فهو يحترم الى أبعد الحدود مبدأ إنعدام السبب وإستقلال الضمان والقضية فى ساحة القضاء الانجليزى مرفوضة .. ولذلك ففرصة الآمر فى المنازعة اوسع فى القضاء الفرنسى منها فى القضاء الانجليزى الذى فيه فرصه المستفيد أقوى .

حكم محكمة باريس التجارية فى ٨٥/٦/٢٥

قدم مقاول فرنسى خطابَ ضمانٍ غير مشروط لمستفيد ليبى من خلال البنك المراسل له المحلى فى ليبيا وقدم ألبنك الليبى خطاب ضمان مقابل وطلب ألمستفيد أالليبى صرف خطاب الضمان من البنك المحلى، الذى طلب بدوره صرف الضمان المقابل من البنك الفرنسى، وإعترض البنك الفرنسى على الصرف وأشرك الآمر فى ذلك، ورفع دعوى بتجميده امام محكمة بباريس التجارية ،وإحتج كلاهما « الآمر والبنك الفرنسى » أن التأخير فى التنفيذ يرجع سببه الى أن الجانب الليبى لم يدفع قيمة الاعمال الزائدة ورفضت المحكمة طلب التجميد تأسيسا على ان سلوك المستفيد والبنك الليبى لا يَرْتَقِيا الى درجة الخطأ الموجب لوقف صرف خطاب الضمان .

حكم محكمة باريس التجارية فى ٨٥/٧/١٢

سنة ١٩٧٨ تعاقدت شركة فرنسية على اقامة طريقين فى دولة رواندا وأصدر ألبنك الاهلى الباريسى خطاب ضمان غير مشروط لصالح البنك الروندى مقابل خطاب ضمان من الاخير بنفس القيمة لصالح الحكومة الرواندية .

وبدأ الخلاف سنة ١٩٨١ وسارعت الشركة الفرنسية بالحصول على أمر من محكمة باريس التجارية بمنع البنك الأهلى الباريسى من الدفع مؤقتا تحوطا التحكيم الذى كان متفقا على اسناده (I.C.C) وحكم له إبتدائيا بذلك .

وفى ١٩٨١/٦/١٨ طالبت رواندا بمبلغ ٣٠ مليون فرنك فرنسى دفعها البنك التجارى الرواندى وطلب صرف الضمان القابل من البنك الأهلى الفرنسى ورفض ألاخير الصرف أولا ثم بعد الغاء محكمة استئناف باريس حكم وقف لصرف قام بالدفع للبنك التجارى فى رواندا ، ورفع البنك التجارى في روندا دعوى امام محكمة باريس التجارية مطالبا بالفوائد والاضرار الناتجة عن تأخير الدفع ضد البنك الفرنسى وعميله وحكمت المحكمة بمبلغ ٣ مليون فرنك تعويض على الشركة الفرنسية ورفضت ألدعوى ضد البنك الفرنسى لان إمتناعه عن الصرف كان تأسيسا على حكم تم الغائه ودفع فور الإلغاء .

حكم محكمة ليون الفرنسية ٢٩ / ٤ / ١٩٨٥

باعت شركة فرنسية حبوبا لسوريا وصدر لصالح الجانب السورى خطاب ضمان غير مشروط من البنك السورى، اصدره مقابل خطاب ضمان من البنك الفرنسى وطالب الجانب السورى بصرف الضمان المقابل تأسيسا على انه صرف للمستفيد لمخالفة الحبوب المشحونة لشروط العقد .

ورُفِعَ النزاع الى محكمة ليون الفرنسية التى اصدرت حكمها فى ١٩٨٥/٤/٢٩ بتجميد صرف الضمان المقابل للبنك السورى تأسيسا على غشه وان الشهادات المقدمة منه باطلة .

وكان الجانب الفرنسى قد قدم شهادة مراجعة من خبير فنى قبل الشحن تؤكد ان الحبوب شحنت ومتوافر فيها جميع المواصفات التعاقدية .

الحكم الصادر من هيئة التحكيم

(I.C.C) رقم ٤١٢٦ فى ١٦ / ٣ / ١٩٨٤

وهذا الحكم يؤكد المبدء القائم فى القضاء من أن الاتفاق على التحكيم لا يمنع الخصوم من الالتجاء الى القضاء المستعجل لوقف الصرف لخطاب الضمان البنكى الى ان يتم الفصل فى النزاع أو اخذ أمر قضائى بذلك .

وتتحصل وقائع النزاع فى أن شركة فرنسية تعاقدت سنة ١٩٧٨ مع وزارة اشغال افريقية على انشاء طريق . واتفق على تحكيم الغرفة التجارية الدولية فى باريس .I.C.C والتزمت الشركة الفرنسية بتقديم خطاب لضمان التنفيذ وأمر بنك فرنسى باعطاء هذا الضمان الذى وكّلَ ذلك الى بنك محلى وهذا اصدر خطاب الضمان المطلوب مقابل خطاب ضمان مقابل من البنك الفرنسى .

وفى سنة ١٩٨١ بدأت الشركة الفرنسية اجراءات التحكيم ضد وزارة الاشغال الافريقية تأسيسا على ما تدعيه من إخلال الاخيرة بالتزاماتها التعاقدية وحتى تمنع الحكومة الافريقية من صرف خطاب الضمان لجأت الى المحكمة التجارية فى باريس طالبة وقف صرف خطاب ضمان التنفيذ الى ان يتم الفصل فى التحكيم فى النزاع وصدر لها هذا ألامر ولكنه الغى إستئنافيا وأخطر البنك الفرنسى لدفع قيمة خطاب الضمان المقابل للبنك الافريقى فى ١٩٨٢/٣/٢٥ وطُلِبَ من هيئة التحكيم اصدار حكما وقتيا مستعجلا ضد الجانب الافريقى باعادة قيمة خطاب الضمان (٢٧ مليون فرنك + الفوائد) .

وقضت هيئة التحكيم برفض الطلب مؤسسة قضائها على أنه من الخطأ التعرض للحكم النهائى فى هذا الموضوع الصادر من محكمة الاستئناف فى باريس والمؤسس على اسباب

صحيحة وذلك إعمالا لمبدأ عدم السماح للمدعى بتكرار ذات الطلبات امام هيئات قضائية مختلفة طالما لم يجد جديد أو تغيرت الظروف والا دخلنا فى دائرة مفرغة وقضت برفض ألمطْلبْ السابق الفصل فيه من محكمة استئناف باريس ونوهت هيئة التحكيم ان هذا لن يؤثر على قضائها فى موضوع التحكيم عند نظره .

حكم محكمة باريس ١٩٥٥ سنة ١٩٨١ فى ١٣ / ٥/ ٨١

وحكم محكمة باريس رقم ٤٩٧٨٢ فى ١٩٨٢/٥/٥

أصدرت شركة فرنسية ضمانا لتنفيذ تعاقدها خطاب ضمان بنكى غير مشروط لشركة فى جنوب افريقيا تأسيسا على عقد بينهما بتوريد وتركيب مصنع وقام خلاف بينهما ، وتقول شركة جنوب افريقيا أن ألتنفيذ لم يتم على المستوى المطلوب تعاقديا - وتقول الشركة الفرنسية ان لها دفعات لم يتم الوفاء بها فى مواعيدها .

وطلبت الشركة الفرنسية وبنكها وقف صرف خطاب ضمان التنفيذ تأسيسا على ما إدعته من ان لها أقساط لم يتم سدادها .. ورفضت المحكمة ذلك مؤسسة حكمها ان الشركة الفرنسية تخلط فى العلاقات بين عقدها مع الجانب الافريقى وخطاب الضمان وهى لا تستطيع إستيفاء قيمته أو حجزها وفاء لدين لها نابع من العقد الاصلى .

هذا علاوة على أن ألبنك المصدر كان مفروضا فيه الا يقحم نفسه على اى اجراء ، بل ان حماية سمعته وسمعة الدولة تقضى عليه ان يُعْمِل مقتضى التزامه فى خطاب الضمان غير المشروط .

حكم محكمة باريس ٤٣٦ لسنة ٨٣ فى ٨٢/٦/٢

وحكم محكمة باريس ٢٠٣ لسنة ٨٤ فى ٢٤ / ١/ ٨٤

المطالبة بالضمان التى تنبع وترد الى خطاب الضمان البنكى ذاته بناء على العقد الأصلى الذى أفرزه، لايمكن استرداد قيمته بناء على علاقات سابقة او لاحقة لهذا العقد وخارجة عنه.

تحكيم رقم ١٩٢٢في (I.C.C.) بين شركة (Alutinfronch) وحكومة امريكا اللاتينية

فى سنة ١٩٧٧ وَقّعَتْ شركة فرنسية عقد إنشاء طريق لاحد حكومات دول أمريكا اللاتينة وقدمت خطاب لضمان التنفيذ للحكومة والتزمت بأن أى اصلاح ضرورى سوف يكون على نفقتها اذا ما ظهرت اى عيوب فى الطريق فى خلال سنة على الاكثر من تاريخ التسليم وكانت قيمة خطاب الضمان ٢,٥٪ من قيمة العطاء وتم التسليم الابتداء فى ١٩٧٩/٥/٢٢ وكان الضمان سارى حتى ٢١ /٥ /١٩٨٠ . وقدمت الحكومة فى ٢٣ /٧٩/٥ أى اليوم التالى للتسليم خطاب ضمان مقابل ينتهى فى ١٩٨٠/٥/١٠ وكان مقررا للشركة حق المراجعة والتفتيش على الطريق من تاريخ التسليم وحتى انتهاء الضمان لاصلاح اى نقص أو خطأ واستمرت الشركة الفرنسية تشرف على الطريق حتى ١٩٨٠/٤/٨ اى بعد تاريخ التزامها بإصلاح أى اخطاء المحدد لنهاية ١٩٨٠/٣/٢١ .

وفى ١٩٨٠/٤/١٨ طلبت الشركة الفرنسية من الحكومة أمرا كتابيا بأى أعمال إضافية أو إصلاحات بعد هذا التاريخ . وفى ٢٤ /٤ / ١٩٨٠ ارسلت الحكومة للشركة بالاعمال التى تطلبها بأمر كتابى مؤرخ ١٩٨٠/٥/٢ وهو يتضمن نواقص يقع اتمامها على عاتق الشركة الفرنسية وأعمال جديدة إضافية يلزم ان تتحملها الحكومة . وفى ١٥ / ٨ / ١٩٨٠ أخطرت الحكومة الشركة بانها أمرت البنك بصرف خطاب الضمان المقدم من الشركة والذى ينتهى فى ١٩٨٠/٥/٢١ وكان ضمان الحكومة المقابل قد انتهى فى ١٩٨٠/٥/١٠. وردت الشركة ان النواقص كان يمكن اتمامها اذ لم تكن الحكومة قد تقدمت باعمال جديدة في بحر الأجل أى قبل ١٩٨٠/٣/٢١ ومع هذا قامت الشركة بالاصلاحات المطلوبة فى ١٩٨٠/٥/١٥ وانتهت فى ١٩٨٠/٥/٢١ وطالبت الحكومة برد قيمة خطاب الضمان الذى كانت قد صرفته وقضت هيئة التحكيم على الحكومة برد قيمة الضمان وقيمة الاعمال الاضافية.

يراجع ايضا حكم باريس فى ٨٣/٤/٢٦ قضية ٨٤/٩٢/٢٥٣/٤٨ فى ٨٤/١/٢٤، ٢٠٣ لسنة ١٩٨٤.

ومحصلتها ان ألأمر بوقف تنفيذ الصرف انما مناطه منع البنك من الدفع المؤقت على اساس انه هناك خطأ من جانب المستفيد.

حكم محكمة باريس فى القضية ١٤ /٨٦ بتاريخ ١٩٨٦/١/٧

فى سنة ١٩٨٠ تعاقدت ثلاث شركات فرنسية على انشاء مطار في جاكرتا مع الحكومة الاندونسية وأسندت الشركات الثلاثة الى شركة فرنسية رابعة بعمل الإنشاءات اللازمة لمد المطار بالبترول وقدم المقاول من الباطن للشركات الثلاث خطاب ضمان غير مشروط لضمان التنفيذ وقام خلاف وطلبت الشركات الثلاث صرف قيمة خطاب الضمان ولجأ المقاول من ألباطن الى القضاء طالبا وقف الصرف مؤقتا وبحثت المحكمة طبيعة خطاب الضمان وهل هو ضمان عادى أو غير مشروط وقالت ان هذه الطبيعة لن تتضح الا عند نظر الموضوع ولذلك فالأمر بوقف الصرف ضرورى .

وفى قضية اخرى لخطاب ضمان صادر من بنك سويسرى لبنك سورى طلب الاخير قبل انتهاء أجله إما التجديد او الصرف وقبل انتهاء أجل الضمان أفلس المورد الفرنسى وقالت محكمة الاستئناف الفرنسية ان مطالبة البنك السورى لم تكن قاطعة بالصرف او نهائية وعلى ذلك فلم يكن البنك السويسرى ملزما بالدفع وجاءت المطالبة التالية بعد انتهاء اجل الضمان واستحالة صرفه .

حكم (I.C.C.) فى ٨٦/١/٢٣ قضية رقم ٥٢٠٤

وتتحصل وقائع هذا النزاع فى ان شركة اسبانية باعت فى سنة ١٩٨٤ ٣٠ ألف طن متر من الاسلاك الحرارية لشركة نمساوية بسعر ٢٣١ دولار للطن وكان البيع فوب وعلى شحنتين عشرة آلاف طن ثم عشرين الف طن ودفع الثمن عن طريق إعتماد مستندى معزز غير قابل للإلغاء أو التعديل، قدم البائع خطاب ضمان بقيمة قدرها ٣٪ من الصفقة غير مشروط لضمان التنفيذ وإلتَزَمَ المشترى بالنقل وتأجير المراكب بشرط الا يكون ميناء الوصول فى اسبانيا او أمريكا .

صدر خطاب ضمان تنفيذ الدفعة الاولي وتسلمه المشترى ولكنه رفض تحديد المركب التى سوف تشحن حتى يتسلم خطاب ضمان الدفعة الثانية واستجاب البائع لذلك .

وعندما تقدمت الشركة البائعة لصرف ثمن الدفعة الاولى رفض البنك الصرف لتناقض المستندات فباعت الشحنة الى شخص ثالث ذلك ان البيع كما اسلفنا كان فوب والمركب التى ربطها المشترى كانت سوف تتوجه لليابان ولم ترغب الشركة البائعة فى الشحن على هذه المركب لذلك رفض صرف الثمن من الاعتماد .

صرف المشترى خطاب الضمان ورفع البائع تحكيما مطالبا برد قيمتها تأسيسا على انهم كانوا سوف يصابون بضرر لو شحنوا الى اليابان وقدموا اوراقا تدل على أنهم فى مفاوضات العقد طلبوا عدم الشحن لليابان ايضا، ولكن ذلك لم ينص عليه التعاقد وحكم بان المشترين كانوا على حق فى صرف ضمان التنفيذ .

خطاب الضمان البنكى فى

بلچيكا ولوكسمبورج

لم يُدْرَسْ خطاب الضمان البنكى فى بلچيكا تفصيلا حسب قراءاتنا ، وأشارت المراجع الى الضمان على وجه العموم قبل ذلك في المراجع التقليدية دون تحليل او تأصيل وعدته ضمن التأمينات ، ثم بعد ذلك فرقت بين عقد الضمان وعقود التأمين الاخرى بالنسبة لاستقلاليته بوصفه تعهدا يغطى اضرارا فى حدود معينة .

ولم تكن صياغة الضمان واضحة خاصة عند نقلها عن لغة اخرى لذلك صعب احيانا تمييزها عن عقود التأمين وذهب بعض الشراح الى اعتبار العقد ضمانا اذا ما تضمنت صياغته شرط الدفع بمجرد الاطلاع او عند الطلب، خاصة اذا كنا بصدد معاملة دولية الأطراف مقطوعة الصلة بالعقد الاصلى الذى صدر بمناسبته الضمان ومستقلة عنه .

واذا كان ذلك عمليا من الصعب تحقيقه لان خطاب الضمان غالبا ما يتضمن في نصه إشارة الى العقد الذى صَدَرَ بمناسبته وهذه الاشارة قد تؤدى الى ربطه بالعقد الاصلى فى حين يكون المقصود منه استقلاله وانفصاله عن هذا العقد ، والنص على ان الضامن (البنك) مسئولا بالتضامن مع الآمر بقطع بنوعية هذا الضمان فالتزام الضامن (البنك) فى خطاب الضمان لا يمكن ربطه بالتزام الآمر إذا نص فى خطاب الضمان انه غير و مشروط وغير قابل للرجوع فيه ، فهذا يؤكد طبيعته كخطاب ضمان بنكى بالمعنى المستقر فى العرف البنكى الدولى ويَبْدُ لنا ان القانون فى بلچيكا يكيف خطاب الضمان البنكى علي انه عقد ، ومن المقرر فى الضمان ان مسئولية الضامن اذا رغب الاطراف فى حرمانه من استعمال دفوع المدين المضمون فيلزم النص على ذلك فى عقد الضمان فالقانون يسمح للضامن الذى أوفى بالدين ان يتنازل عن حق الرجوع على المدين الاصلى .

والعبرة فى قيام خطاب الضمان من عدمه انما يرجع أساسا الى صياغته وكلماته فهى التى تحدد طبيعته سواء مشروطاً او غير مشروط وكذلك مدى استقلاله عن العقد الاصلى.

حكم محكمة بروسكل ١٩٨٣/٤/٢٨

اعطت المحكمة اهمية كبيرة فى تحديد طبيعة الضمان اذا تضمن نصه الدفع بمجرد الاطلاع خاصة فى المعاملات الدولية .

حكم محكمة بروسكل فى ١٩٨٣/٤/٢٨

قضت المحكمة بأنه اذا كان الضامن مسئولا مسئولية مستقلة فلا يقبل اعتباره فى ذات الوقت مسئولا مع المدين الاصلى .

حكم محكمة انتيرب فى ١٩٨٢/١٠/١٥

اذا أقر الضامن بمسئوليته المستقلة المشروطة فى نص ورقة الضمان فهذا يؤكد انه قصد ابرام خطاب ضمان .

تراجع هذه الأحكام فى كتاب هورن (Bank Guarantees and Stand by letter of credit and Proformance Bonds in the International Trade)

ليس فى التشريع المدنى فى لوكسمبرج تعريفا لخطاب الضمان البنكى النظيف أو المشروط . ولكن طبيعته الخاصة ودوره فى التجارة الدولية معترف بهما امام المحاكم وفرصة الحصول على أمر بوقف الصرف لخطاب الضمان البنكى غير المشروط فى لوكسمبرج هى فى حالتىّ ألغش وأساءة استعمال الحق او التعسف فى استعماله من المستفيد.

والمحاكم لاتتساهل فى الأمر بوقف صرف الضمان ومناطه لديها ان تتوافر الادلة القاطعة على غش المستفيد او تعسفة فى استعمال حقه فى الصرف وفى الحالات التى يكون فيها ضمان مقابل من البنك ألأجنبى للبنك الآمر المحلى الذى اعطى المستفيد خطاب الضمان تشترط المحاكم ان يكون البنك متورط فى الغش او عالم به وتَعَسُفْ المستفيد فى الصرف

لتأمر بوقف التنفيذ .

وكثيرا ما يعبر بتعبير ألحجز بمعنى ايقاف الصرف، وتقاوم البنوك أوامر الايقاف حفظا لسمعتها الدولية وتأكيدا لاحترامها لإلتزامها مع المستفيد وحتى لا تتأثر تعاملاتها في بلد المستفيد، مما قد يؤدى الى استبعادها عند طلب خطاب الضمان، وعادة يشترط المستفيد فى العقد الاصلى مع الآمر ان يكون خطاب الضمان صادر من بنك معين او مقبول منه .

وهدف أمر ألايقاف المؤقت هو انتظار الحكم فى موضوع النزاع علي صرف الضمان خاصة إذا كان من الواضح ان الرجوع على المستفيد لا جدوى منه اذا صرف قيمة الضمان ، وكذلك لتجنب تحويل قيمة خطاب الضمان الى بلد اجنبى والتى قد ينعقد لها الاختصاص القضائي فى الموضوع وتختلف فيها القوانين بالنسبة لسيولة التحويلات النقدية ورقابة النقد اي ان مناط الأمر وإمكان الحصول عليه يلزم ان يتوافر له : -

(١) غش المستفيد او اساءة استعمال حقه وموضوع الغش نتناوله فى الفصل الثامن - ولكننا وجدنا أن نحصله هنا عند دراسة خطاب الضمان فى كل بلد على حده ليكون أقرب فَهْماً - وفى الفصل الثامن نتناول مفهوم الغش على وجه العموم .

(٢) علم البنك بذلك او تورطه فيه فى حالة وجود ضمان مقابل .

(٣) احتمال عدم استرداد قيمة خطاب الضمان اذا حول للخارج .

(٤) تعرض الآمر لمخاطر لا يمكن تداركها اذا تم الصرف للمستفيد اى ضرر جسيم لا يمكن تداركه اذا قضى موضوعيا للآمر .

خطاب الضمان البنكى

فى سويسرا

ينهج القانون السويسرى منهج القانون الألمانى في التفرقة بين تأمين الدين وضمانه ، والضمان التقليدي يُلْزَمْ فيه الضمان بالتزامات المدين الاصلي وهو ضمان ثانٍ .

فاذا كان ألمستهدف مصلحة المستفيد فى المقام الاول نكون بصدد ضمان وليس كفالة، أما اذا كان الهدف هو مصلحة المدين الاصلى فنكون بصدد كفالة، وإذا تنازل الضامن عن إستعمال دفوع المدين للمكفول فى مواجهة المستفيد فانه يصعب اعتباره كفاله .

حكم محكمة چينيف في ١٩٧٩/٦/١٩ يراجع هورن

وحكمت محكمة چينف بأنه اذا نص صراحة على ان المقصود هو كفالة التزامات المدين الاصلى فلا يلتفت الى استبعاد حق المستفيد فى استعمال دفاع ودفوع المدين التابعة من عقده مع الدائن .

والضمان التقليدى في القانون السويسرى طبقا لنص المادة ١١٠ من المجموعة المدنية هو عقد (Porte Fort) يقوم التزام الضامن فيه أصيلا ومستقلا .

وقد قام خلاف حول طبيعة هذا العقد وهل هو كفالة أو ضمان فاذا كان الضامن قد إلتزم بضمان وفاء المدين لدينه فهل نحن بصدد ضمان أو كفاله ؟ –، قد لا يعتد بها لخطأ فى الصياغة طبقا للمادة ٤٩٣ من المجموعة المدنية السويسرية والمناقشة هنا حول الضمان العادى .

حكم المحكمة الفيدرالية فى ١٧ / ٩ / ١٩٧٥

قالت المحكمة أن اطلاق الأخذ بالقاعدة التى تقول أنه عند عدم وضوح النص يكون العقد ضمانا اذا كان للضامن مصلحة خاصة فى إلتزامه ، فيه مساس بمبدأ حرية التعاقد ، فاذا كان إلتزام ألضامن ليس بمبلغ معين من المال وإنما هو ضمان لإلتزام المدين فيكون العقد عقد كفالة للمدين الاصلى والمحكمة اخذت هنا بمفهوم عقد (Porte Fort) وعند غموض النص يعد العقد كفالة فذلك أخف عبئا على المدين .

وأشار هذا الحكم الى عديد من الاحكام ذهب بعضها الى أن مصلحة الاطراف قد تتحقق فى عدم وضوح النص لأن ذلك يتيح للمحكمة البحث عن حقيقة ما قصدوا اليه فعلا .

ومن الصياغة المتعارف عليها فى خطابات الضمان البنكية الدولية يكون من المقبول اعتبار الاطراف قد قصدوا الضمان وليس الكفالة .

وتصدر خطابات الضمان فى سويسرا غالبا من البنوك ومَصْدَرُها أساسا هو العرف والممارسات البنكية ولا ترد الى اساس تشريعى مباشر وينظر اليها باعتبارها علاقة تعاقدية .

يحكمها القانون الفيدرالى مجموعة الالتزامات وهو يحكم انواع اخرى من الضمانات طبقا لنص المادة ٤٩٢ والتى لا تكون تحت طلب المستفيد، ولا تطبق القواعد التفصيلية الخاصة بهذه الضمانات الاخرى على خطاب الضمان البنكى وإنما يبق فقط محكوما وخاضعا لمظلة قانون الالتزامات .

وخطاب الضمان البنكى في سويسرا قد يكون مشروطا صرفه بتقديم ورقة أو سند منصوص عنها في صكه ، ولكنه غالبا ما يكون غير مشروط مستحق بمجرد طلب المستفيد فى اجل الضمان .

ونحصل التكييف القانونى لخطاب الضمان البنكى فى سويسرا وفقا لما قررته احكام المحاكم والشراح بانه نابع من ارادة اطرافه نو طبيعة خاصة لايمكن إدراجه تحت اى

مجموعة من العقود فى التقسيمات القانونية وهو يظل تحت مظلة قانون الالتزام باعتباره عقد ضمان لا يلزم فيه توافر التفصيلات الواردة بالمادة ٤٦٨. - إما بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة، أو أنه من طائفة العقود غير المسماه، ويجد سنده في ذلك فى نص المادة ١١١ كما ذهب بعض الشراح وهى التى تحدثت عن العقود غير المسماه (Porte Fort Contracts) او ذات الطبيعة الخاصة (Sui Generis) وهي تلك العقود التى يُعْتَرفْ بها ويُعْمَلْ بمقتضاها لانه ليس هناك نص فى القانون يقف حائلا دون ذلك وهى فى ذات الوقت غير مندرجة تحت اى طائفة من أنواع العقود المسماه ولان القانون لم يقرر لها قسم ترد اليه .

ومازال القانون السويسرى يطلب توافر السبب لخطاب الضمان ولكنه يكتفى بالقول بان السبب كامن فى رغبة الطرفين توفير ضمان لتنفيذ الالتزامات المتبادلة في العمل التجارى الذى صدر بمناسبته .

وقد اشرنا الى حالات غموض ألنَصْ الذي قد يتعذر معه اعتبار السند خطاب ضمان بنكى يفرز التزاما مستقلا على البنك وغير مرتبط بالعلاقات المحيطه به في علاقة مباشرة بين البنك والمستفيد، ذو طبيعة شخصية وغير قابل للتداول كما يتعذر اعتباره مجرد كفالة او تأمين للدائن بضمان وفاء ألمدين بالتزاماته ومرتبط بالعقد الاصلى بين الآمر والمستفيد وللبنك التمسك بكافة الدفاع والدفوع النابعة من العقد الاصلى لعميله قبل المستفيد .

وعند النظر في مثل هذا النص الغامض يسترشد القضاء بالاتي :-

اولا : دلاله العنوان الذى يُعْطَى للسند ، فان ذلك يساعد على معرفة نية البنك المصدر الى جوارما يتوافر من أدلة اخرى .

ثانيا : النص على حق البنك في الإمتناع عن الصرف لأى سبب يؤكد أننا لسنا بصدد خطاب ضمان بنكى وإنما ربما كفالة بنكية لالتزامات العميل قبل المستفيد النابعة من عقدهما.

ثالثا : النص على التزام البنك بالصرف بمجرد الاطلاع دون الالتفات الى اى معارضة من الآمر مثل هذا النص ، يؤكد اننا بصدد خطاب الضمان البنكى المتعارف عليه المستقل عن سواه من العلاقات المحيطة به .

رابعا : اذا ورد في النص ربطا صريحا بين التزامات الآمر فى العقد الاصلى مع المستفيد الصادر الضمان بمناسبته، كنا مرة أخرى بصدد كفالة وليس خطاب الضمان البنكى أما مُجَرَّدْ الاشارة الى العقد الاصلى فلا يؤخذ على هذا المأخذ فجميع خطابات الضمان تشير الى مناسبة صدورها أو أغلبها .

وتشير مرة أخرى الى المشاكل التى تنتج عن تقديم خطاب الضمان فى الوقت غير المناسب (قبل توقيع العقد الاصلى مثلا) او (قبل استلام الدفعة المقدمة الذى صدر بقيمتها الضمان) فاذا ما نص فى العقد الاصلى على ضرورة أن يقدم الملتزم بالتنفيذ خطاب ضمان بنكى غير مشروط وتم توقيع العقد ولم يقدم المقاول الملتزم خطاب الضمان فسوف يدخل صاحب العمل فى المنازعات أخصها طلب التنفيذ والتعويض عن التأخير أو فسخ العقد مع التعويض ويمكن التغلب على ذلك بتضمين العقد إما شرطا مُوقَفاً لسريانه او شرطا فاسخا له.

وفى الحالة الأولى يعلق قيام ونفاذ العقد على تقديم خطاب الضمان فى بحر مهله محددة من تاريخ توقيعه (أيام) والا اعتبر كأن لم يكن .

وفى الحالة الثانية ينص في العقد الاصلي على وقف سريان العمل به حتي يتم تقديم خطاب الضمان البنكى المنصوص عنه فيه .

وثمة من أسلوب ثالث هو ان يوقع العقد بعد تمام الاتفاق عليه بعد اعداد خطاب الضمان ليكون جاهز للتسليم عند التوقيع .

اما تسليم خطاب الضمان قبل توقيع العقد فيترتب عليه مشاكل خطيرة اذ يمكن صرفه من المستفيد سيئ النية، اذا كان خطاب الضمان مستحق عند الطلب او بمجرد الاطلاع .

وهذا الموضوع عام وان اوردناه عند الحديث عن القانون السويسرى الا انه يلزم مراعاته فى جميع احوال اصدار خطابات الضمان البنكية فى المعاملات التجارية الدولية .

وعلى خلاف السائد فى فرنسا ليس هناك التزام على البنك فى القانون السويسرى ان ينصح عميله فى إتمام استصدار خطاب الضمان البنكى او ان يدرس له صياغة النص ومخاطره او ان يلفت نظره الى ظروف البلد الاجنبى والقوانين السائدة فيها ومدى التزامها بإنهاء خطاب الضمان فى أجله ، أو إنها تربطه بالعقد الصادر بمناسبته أو عدم الغائها لخطاب الضمان وابطال مفعوله طالما ان صكه فى يد المستفيد ،نقول أنه ليس هناك التزام قانونى على البنك فى سويسرا ان ينبه عميله الى ذلك أو أن يدرس معه نص الصياغة المقترحة لخطاب الضمان، ولكنه، يفعل خاصة وأنه قد يُعَدْ سيئ النية مسئولا اذا كان من الواضح ان التزامه الادبى كان يحتم عليه فى خدمة هو مأجور عليها ، وان ينبه عميله لأُمُور من المفروض انه يجهلها ويعلمها البنك وعلى ذلك فالبنوك فى سويسرا مسؤله بصوره أو بأخرى بنصح العميل.

ومن جهة أخرى فالبنك غير ملزم ان يستجيب الى طلب عميله في اصدار خطاب الضمان وبالنسبة لخطابات الضمانات المقابلة في التجارة الدولية التي تصدرها البنوك السويسرية بناء على طلب بنك اجنبي لمستفيد مقيم او التي تصدرها البنوك الاجنبية بناء على طلب البنوك السويسرية لمقيم في البلد الاجنبى، هى أساسا لا تخرج عن السائد دوليا في هذا الخصوص ويلاحظه فى شأنها ما يلى : –

اذا كان البنك السويسرى هو الآمر واعطى تعليمات للبنك المحلى، المراسل له باصدار خطاب الضمان وتسليمه للمستفيد بالصياغة التى حددها فان المستفيد لا تكون له علاقة مباشرة بالبنك السويسرى ولا يستطيع ان يرجع الا على البنك المحلى وتكون علاقة البنك السويسرى بالبنك المحلى علاقة وكالة .

وطبقا للقانون السويسرى يلزم البنك السويسرى الآمر بتعويض وكيله اذا صرف المستفيد

خطاب الضمان وعليه ايضا المصاريف المترتبة على اصدار البنك الاجنبى للمستفيد خطاب الضمان .

وغالبا ما يتم ذلك عن طريق اصدار البنك السويسرى لمصلحة البنك الاجنبى خطاب ضمان مقابل لهذا الذى صدر عن الاخير للمستفيد .

وقد يكون البنك المحلى مجرد مراسل للبنك السويسرى الذى يصدر خطاب الضمان مباشرة للمستفيد في الخارج يسلم اليه عن طريق البنك المراسل في بلد المستفيد ولا يكون البنك المحلى مسئولا فى مواجهة المستفيد .

وفى صورة اخرى قد يطلب المستفيد تعزيز خطاب الضمان الصادر له من البنك السويسرى، من البنك فى بلده ليسهل عليه صرفه عند اللزوم ، وهناك يُعَدْ البنك المحلى مع البنك السويسرى كلاهما مسئولا قبل المستفيد ومن حقه الرجوع على أحدهما . وطبقا للقانون السويسرى تكون علاقة البنكين محكومة بالقانون السويسرى . وعلى البنك السويسرى التزام عام بالتحوط فى اختيار البنك الاجنبى او فى الموافقة عليه لانه اكثر دراية فى ذلك من العميل.

ويُطَبَقْ القانون السويسرى على العلاقة بين البنك السويسرى وعميله كما ينطبق القانون المحلى على علاقة المستفيد بالبنك المحلى – وأما عقد الوكالة بين البنكين فقد يكون خاضعا لاحد قوانين البلدين ويمكن دائما الاتفاق على القانون الواجب التطبيق اذ لم يكن هناك نص يعارض ذلك فى احد البلدين .

ولما كان الوكيل عليه بذل كل عناية لمصلحة موكله طبقا للقانون ، فان البنك يلتزم باخطار عميله عند طلب صرف الضمان أو أن ذلك وشيكا ، ولا يؤثر ذلك أو يمنع صرف خطاب الضمان غير المشروط وكذلك فى حالة خطاب الضمان المشروط ، وربما أخذ البنك رأى عميله فى الاوراق اللازمة للصرف وعلى البنك ان ينبه عميله اذا كان صرف المستفيد قد شابه ارتكاب غشا او تزويرا او خطأً جسيماً ظاهراً وربما يؤجل الصرف اياماً محدوده ليتيح الفرصة لعميله لاتخاذ اجراء قانونى، وفي الحالات الفاضحة يلتزم ان يمتنع عن الصرف دون انتظار أمر الصرف المؤقت من القاضى او الحكم به من القضاء المستعجل .

وفيما يتعلق بالتزامات الآمر قبل البنك نجدها مرة أخرى متفقة مع السائد دوليا بالنسبة لخطاب الضمان فى الممارسات السويسرية . فالعميل يدفع عمولة عند طلب اصدار خطاب الضمان باعتباره خدمة مصرفية يقدمها البنك وكذلك يتحمل العميل المصاريف الناتجة عن قيام البنك باصدار خطاب الضمان وأهم من ذلك كله تغطية البنك عند صرف خطاب الضمان بما فى ذلك المصاريف القضائية اذا كان لها محل فى حالة ما اذا اضطر البنك او حتى رأى بغير اضطرار تحقيقا لمصلحة عميله ان يمتنع عن الصرف لاسباب قانونية وكان ذلك بموافقة العميل او اجازته .

وفى بعض الحالات يحصل العميل او البنك على أمر قضائى او حكم يمنع البنك من الدفع للمستفيد قبل الصرف ومن تغطية البنك الاجنبى الذى صرف للعميل المحلى مقابل خطاب ضمان من البنك السويسرى، وفى هذه الحالة لا يسلم ألأمر من ان يجمد البنك الاجنبى حسابات البنك السويسرى لديه ، وهنا ايضا يلتزم العميل بكفالة خسائر البنك والمصاريف الناتجة عن هذه الاجراءات ولكن ليس معنى هذا ان يعوض البنك عن تجميد أمواله فى الخارج . فهذه الأمور تعتبر من المخاطر البنكية التى يلزم ان يتحملها البنك .

وفي القانون السويسرى وطبقا للمادة ٥٠٧ مدنى أو بالنسبة لكفالة أو الضمان العادى يحل الضامن محل المدين الذي دفع عنه كافة حقوقه قبل الدائن ولكن ليس ذلك كذلك في خطاب الضمان فالعلاقات هنا منفصلة .

فاذا ما أوفى البنك بقيمة خطاب الضمان بناء على طلب المستفيد ، ثم أعسر عميله وتبين البنك أن المستفيد لم يكن له الحق فى الصرف، فان البنك لا يستطيع الرجوع على عميله ولا مال لديه، ولا يستطيع الرجوع على المستفيد لانه صرف خطاب الضمان طبقا لنصه وليس للبنك ان يرجع تأسيسا على عقد العميل مع المستفيد لانفصال العلاقات .

الحل الممكن فى مثل هذه الحالة هو ان يتحوط البنك عندما يصدر خطاب ضمان على المكشوف او بغطاء جزئى بأن يأخذ ورقة مكتوبة على عميله منفصلة تعطيه حق الحلول محله

قبل المستفيد فى جميع حقوقه النابعة من عقدهما عند اللزوم.

وقد صادف الفقه السويسرى مشاكل فى نظرته لخطاب الضمان البنكى باعتباره عقداً ليس فقط بالنسبة لآثاره واستقلال العلاقات المحيطه به ، ولكن ايضا بالنسبة لانعقاده فاصدار البنك بارادته لخطاب الضمان اذ عد ايجابا فان قبول المستفيد ليس لازما فيه وهو لا يحدث عملا، ولا نقبل القول بأن سكوت المستفيد يعد قبولا هذا علاوة على انه نافذ من تاريخ صدوره وهذا كله مستقر ومأخوذ به في الممارسات السويسرية. - لذلك نظر اليه على اساس انه عقد ذو طبيعة خاصة ولكن كيف يكون عقدا اذا لم يكن نابعا من ارادتين ؟؟

إن سمات العقد فيه لاتجعله عقدا وإنما هو تصرف قانوى مجرد مَصْدَرْ الإلتزام فيه العرف البنكى والقانون وإن أفرزه عقد الآمر مع البنك الا أنه شئ آخر ومولود جديد بمناسبة عقد الآمر والمستفيد ولكنه ليس عقدا .

ليس هناك جديد مخالف للمتصالح عليه دوليا في سويسرا بالنسبة لأجل انتهاء خطاب الضمان او لصرفه. وبالنسبة لبعض الاجراءات عند الصرف يلزم أن يقدم طلبا بالصرف الى فرع البنك الذى اصدره فى الميعاد واعطائه مهلة ثلاثة أيام قبل الصرف .

نشير الى ما يقوله بعض الشراح من مُكْنَة تحويل المستفيد لخطاب الضمان طبقا للمادة ١٦٤ من القانون المدنى السويسرى، فانهم جعلوا من هذا القول لغوا لانهم لا يقبلوا من المستفيد الجديد ان يتقدم لصرف خطاب الضمان لنفسه وإنما يبقى الذى يصرفه المستفيد الاصلى فاذا كان ذلك كذلك فان التنازل عن الحق لايتم الا بعد القبض وهنا لا نكون بصدد خطاب الضمان هذا علاوة على ان خطاب الضمان غير قابل للتداول وتحويل خطاب الضمان هو تداول محظور .

ولا يسمح القضاء السويسرى للبنك بوقف صرف خطاب الضمان البنكى فأساسا البنك ملزم بالصرف طالما أن المستفيد انما يتقدم للصرف وهو حسن النية بمعنى ان يكون له حقا فى ذلك . فاذا لم يكن ذلك كذلك فالبنك لا يمكنه وقف الصرف اللهم الا فى الحالات المكشوفة

الواضحة والمقطوع بها بان المستفيد مخطئ وسئ النية ولاحق له فى الصرف أو أن يكون العقد الاصلى الصادر خطاب الضمان بمناسبته غير قائم أو لم ينعقد اصلا .

وينظم القانون الفدرالى فى سويسرا حجز الدائن تحت يد طرف ثالث لدين على مدينه وذلك دون اخطار المدين مسبقا بأمر قضائي ويمارس ذلك في حدود ضيقة خاصة فى حالة إقامة المستفيد خارج سويسرا ولكنه يشترط لذلك ان يكون دين الحاجز حال الاداء محقق المقدار وأنه سوف يتعذر الاسترداد ويلزم عرض الحجز على المحكمة المختصة لتثبيته ثم يقوم بالتنفيذ مكتب تحصيل المديونيات .

ويقول بعض الشراح فى سويسرا انه يمكن اجراء حجز تحت يد البنك عن قيمة خطاب الضمان وحجتهم فى ذلك . - أنه اذ لم يكن للمستفيد أى حقوق قبل الآمر طبقا لعقدهما فانه يكون ملزما باعادة ورقة الضمان أو رد ما صرفه وعلي ذلك فهناك دين محتمل يمكن الحجز تحت يد البنك تأمينا له .

ونرد على اصحاب هذا الرأى : - اذا كان الآمر يدعى ان المستفيد ليس له اى حق قبله فمعنى ذلك أنه يقول ان المستفيد لاحق له فى صرف خطاب الضمان فاذا كان ذلك كذلك فمعناه ايضا بأنه أى المستفيد ليس له مال تحت يد البنك يمكن الحجز عليه وعلي الآمر ان يبحث عن وسيلة اخرى خاصةً ومبلغ خطاب الضمان مملوك للبنك حتى صرفه .

ولأن قيمة خطاب الضمان هى من مال البنك ولا تنتقل لذمة المستفيد إلا بعد قبضها،

ويأخذ القضاء السويسرى بهذا النظر فقد حكمت المحكمة العليا (النقض) بان السماح بالحجز تحت يد البنك على خطاب الضمان ليس فقط مخالف لطبيعته بل يؤثر على وظيفته ولذلك يلزم الا يسمح به (Rowe) ويحكم قانون كل ولاية فى سويسرا الاجراءات الوقتية فيها ولكن ثمة من مبادئ عريضة يتفقوا فيها على طلب وقف التنفيذ أو الصرف المؤقت لخطاب الضمان البنكى ويشترط لذلك : -

١ - أن تكون الحالة مستعجلة تقتضى الاجراء الوقتى .

٢ - ان تكون مطالبة الدائن محتملة الكسب .

٣ - ان الدائن سوف يصعب عليه استرداد ما يدفع للمستفيد .

٤ - ويلزم أساسا ان يكون هناك غش أو خطأ من المستفيد ظاهر من الوهلة الاولى سواء تعلق الطلب المستعجل بمنع المستفيد من الصرف او منع البنك من ذلك .

وفى حالة ما يكون البنك السويسرى لديه خطاب ضمان مقابل من بنك اجنبى فغالبا لا يُستجاب لطلب وقف الصرف المؤقت الا اذا كان البنك الاجنبى والمستفيد متورطين معا فى الغش الفاضح .

وفى اغلب الولايات السويسرية يكون ميعاد استئناف أمر وقف الصرف المؤقت عشرة ايام وهو فى جينيف ١٨ يوم ومن حق أى ذى مصلحة إقامة الاستئناف .

وفى حكم لمحكمة جينيف صادر بتاريخ ١٩٨٥/٦/١٢ (Rowe) تتحصل وقائع القضية فى أنه عند تفريغ شحنة قمح فى الميناء السورى لمشترى سورى من بائع سويسرى إدعى المشترى السورى بأن القمح به شوائب بنسبة اكبر مما هو مسموح به تعاقديا (٥٪) وعينت المحكمة خبير لمراجعة ذلك وقبل ان يقدم الخبير تقريره صرف الجانب السورى خطاب الضمان من البنك المحلى الصادر بقيمة ١٠٪ من الصفقة لضمان المواصفات واستصدر الآمر السويسرى أمرا بوقف صرف خطاب الضمان المقابل ، وقدم الخبير بعد ذلك تقريره وهو يؤكد مطابقة القمح للمواصفات المتعاقد عليها وأيدت المحكمة فى جينيف أمر وقف الصرف وأيدتها محكمة الاستئناف ، وقالت فى حكمها ان تقرير الخبير يجعل من المحتمل ان تكسب البائعة الدعوى موضوعيا والا سوف يكون من حق المستفيد الصرف وقد توخت المحكمة فى هذا الحكم توافر أدلة واضحة لاثبات خطأ الصرف ولم تَستْلْزمْ المحكمة ضرورة إثبات تواطؤ البنك الاجنبى مع المستفيد وإكتفت بأن يكون المستفيد قد قام بالصرف دون وجه حق من

ظاهر الاوراق ويحجه ظاهرة تناقض حقه فى الصرف هى تقرير الخبير .

ولسوف نرى أن هذا النظر اكثر تساهلا فى الاستجابة لوقف الصرف مما هو سائد فى انجلترا .

ويلزم ان نشير مرة اخرى انه ليس هناك قواعد موحدة تحكم خطاب الضمان البنكى في سويسرا تلتزم بها كافة الولايات السويسرية ولكن كل ولاية تعمل مقتضى قوانينها وهي جميعا متقاربة .

المبادئ المقررة فى سويسرا

وطبقا للقانون السويسرى فالضمان العادى محكوم بنص المادة ٥٠٧ مدنى فاذا قدم بنك سويسرياً ضمانا عاديا مباشرةً لمستفيد وأضطر الى الدفع يحل محل عميله فى جميع حقوقه قبل المستفيد .. وهذا لا يعمل به فى خطاب الضمان البنكى لذلك يجد البنك نفسه فى ورطة فهو لا يستطيع ان يرجع على المستفيد الذى دفع له لأن التزامه مباشر ومنفصل وقد يكون رجوعه على الآمر غير مفيد لسبب أو لآخر ، وفرصته الوحيدة فى الرجوع على اساس العقد الاصلى التجارى وهو ليس طرفا فيه ، وهنا يلزم ان يأخذ البنك اقرارا كتابيا منفصلا من الآمر بالحلول محله عند اللزوم فى العقد الاصلى كغطاء لاصدار الضمان ، وذلك طبعا اذا لم يكن البنك قد غطى خطاب الضمان من حسابات عميله او بأى وسيلة اخرى واقتحام البنك للعلاقة التجارية هنا خارجةً عن نطاق خطاب الضمان ومنفصلة عنه .

والتطبيق القضائى فى سويسرا قريب الى حد ما من القضاء الالمانى فالبنك أساسا لا يمكنه رفض صرف خطاب الضمان الصادر منه اذ كان شكل المطالبة مستوفاه ولكن يلزم الا تكون المطالبة واضح فيها سوء النية واساءة استعمال الحق ولكن ليس قيام الحقيقة الظاهرة من ان المستفيد ليس على حق فى طلب الصرف كافية بذاتها لامتناع البنك عن الصرف اذ

يلزم ان يكون لدى البنك أدلة قاطعة علي ان المستفيد سئ النية فى استعمال حقه في الصرف ومثال ذلك ان يكون البنك على يقين من ان العقد الاصلى لم يعقد اصلا أو أنه باطلا.

ويمكن الوصول الى تجميد ووقف الصرف في سويسرا عن طريقتين، هى الأمر بوقف الصرف او الحجز، بمعنى منع البنك من الصرف المستفيد، والحجز بهذا المعني ليس تماما هو الحجز التحفظى الذى يخول الحاجز دون اخطار سابق بتوقيع الحجز على أموال المدين وممتلكاته المنصوص عنه فى القانون الفيدرالى السويسرى فى باب تحصيل الديون والافلاس والذى هدفه تأمين المطالبة القضائية والموضوعية والتى يلزم فيها ان يقدم الدائن الادلة الكافيه على أن دينه حال محقق الوجود معين المقدار وإنه ليس له أى تأمينات أو ضمانات لتحصيله عند القضاء له به وتختلف اجراءات الحصول على مثل هذا الحجز من قانون لاخر فى سويسرا وفى چينيف مثلا تسمع الدعوى امام محكمة الدرجة الاولي وغالبا فى غيبة المدعى بطلب الحجز فاذا ما قُبِلَتْ يسلم الطالب أمراً مؤقتا ثم يعلن المدعى عليه لسماع دفاعه . وبعد ذلك يؤكد القاضى قراره الاول او يلغيه، فاذا اكده اصبح واجب التنفيذ في مهلة معينة، ويمكن الاستئناف امام المحكمة المختصة ولها سلطة واسعة ويقدم أمامها أدلة جديدة وبعد ذلك يمكن الطعن بالنقض لمخالفة القانون فى حدود محدوده جدا .

وقد اسلفنا ذكر حكم محكمة چينيف الصادر فى ١٩٨٥/٥/١٣ والآمر الذى يحصل على امر حجز بمعنى وقف الصرف مؤقتا لخطاب ضمان بنكى عليه ان يستوفى الاجراءات فى مهلة عشرة ايام من تاريخ صدور الأمر ولا تتفق نظرة الاحكام الى مدى التزام البنك بالامتناع عن الدفع للمستفيد فالأحكام التى تذهب الى ان البنك يكون ملتزما بتجميد الدفع فانما تنظر الى الموضوع على أن مبلغ الضمان مدفوع اصلا " غطاء " من الآمر فاذا لم يكن للمستفيد حقا فيه تعين رده الى الآمر وتأسيسا على ذلك فهو دين للآمر يمكن الحجز عليه تحت يد البنك.

وهذا النظر فى فهمنا يخلط الاوراق ويجعل من الغطاء المقرر فى عقد الامر والبنك هو ذاته

مبلغ خطاب الضمان وهذا اهدار لانفصال العلاقتين وإنعدام السبب فى خطاب الضمان البنكى والتزام البنك المباشر قبل المستفيد ومن مال البنك وليس من مال الآمر .

والرأى الآخر يقول ان المستفيد الذى ليس له حق صرف الضمان يلزم معه القول انه ليس هناك مال يمكن الحجز عليه أو وقف صرفه وعلى الآمر أن يجد سبباً آخراً غير الحجز لايقاف الصرف كما أسلفنا .

وهذا الرأى تظاهره كثرة من الاحكام ومحكمة النقض السويسرية تقول فى موضوع خاص باعتماد مستندى ان اساءت استعمال الحق من المستفيد لايتفق مع القول بوجود مال له يمكن ان تُوقِفُه الاجراءات وعلى ذلك فالبنك الآمر لا يستطيع رفض الدفع على اساس من دفاع ودفوع الآمر النابعة من عقده مع المستفيد ..

وفى احدى القضايا حصل الآمر على امر بوقف الصرف ضد البنك لمنعه من الدفع للبنك المحلى الاجنبي الذى صرف للمستفيد خطاب الضمان ، وقام البنك المحلي بتجميد حسابات البنك السويسرى لديه والغى بعد ذلك في سويسرا الأمر الصادر للآمر ضد البنك السويسرى بعدم الدفع للبنك الاجنبي والزم الآمر ان يدفع للبنك كافة المصاريف ولكن البنك لم يعوض عن خسائر من جراء تجميد حساباته لدي البنك الاجنبى تأسيسا على ان هذا جزء من المخاطرة العامة وايضا لان الآمر ينفذ حكم محكمة او أمر قضائي .

والاحكام الصادرة من المحاكم السويسرية ومن هيئات التحكيم توضح اسلوب إعمال المبادئ المقررة لطبيعة خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية وهى تتعامل مع الواقع وليس مع النظريات الفقهية دون ان تَجْنَح بعيدا عن الطبيعة الخاصة لخطاب الضمان ودون ان تمس توفير كامل الفاعلية له تأمينا للتجارة الدولية .

احكام فى منازعات الضمان

في سويسرا

حكم محكمة جنيف فى ٩٨٥/٩/١٢ Rowe

تعاقدت شركة سويسرا لبيع قمح طبقاً لمواصفات معينة، أعطت الشركة السويسرية خطاب ضمان بنكي بقيمة ١٠٪ من العقد وذلك من خلال بنك (Union de Bank Suiss) الذى اعطى تعليماته للبنك فى سوريا باصدار خطاب الضمان المطلوب مقابل ضمان مقابل منه وعند تفريغ ألشحنة إدعى المشترى السورى ان بالقمح شوائب اكثر من ٥٪ المصرح بها تعاقديا . وطلب من المحكمة تعيين خبير لمعاينة البضاعة فى ميناء الوصول .. ولكن الجانب السورى سارع بطلب صرف قيمة خطاب الضمان ولجأت الشركة السويسرية الى المحاكم في سويسرا وسوريا لوقف ألصرف وصدر لها الأمر من القضائين وأيدت ذلك محكمة الاستئناف فى سويسرا تم ذلك على اساس اساءة المستفيد لاستعمال حقه مؤكدا ان الشوائب فى الحدود التعاقدية ، وفي هذا الحكم توافر للمحكمة أدلة قوية علي الغش من المستفيد وإساءة إستعمال حقه فى طلب صرف قيمة خطاب الضمان وانه ليس هناك ضرورة لاثبات تواطؤ البنك السورى مع المستفيد لايقاف الصرف اذ يكفى فى هذا غش المستفيد الواضح واساءة إستعماله حقه في صرف الضمان .

حكم تحكيم I.C.C رقم ٣٢٦٧

حكم تحكيم I.C.C رقم ٣٣١٦

عندما يتعثر مشروع دولي يَطلُبْ أطرافه صرف الضمانات البنكية خاصة الحكومات .. ففى يونيو ١٩٦٧ تعاقدت حكومة شرق اوسطية مع مجموعة بالچيكيه من عشر شركات على انشاء مستشفى ومركز طبى .

وفي ١٩٧٧/١/١٩ أسندت مجموعة الشركات انشاء المركز الطبى الى مقاول من الباطن (شركة مكسيكية وعُدِّل هذا الاتفاق أربع مرات وقدم البنك المكسيكى خطابين لضمان التنفيذ وقدم الجانب البلچيكى خطاب لضمان المخاطر من خلال بنك بلچيكى وكان خطاب الضمان الاول المقدم من المجموعة (٩ مليون دولار) الذى يخفض بنسبة ١٠٪ من قيمة ما تقبضه .

الشركة المكسيكية كل شهر ثم يحسب هذا التخفيض على اساس ٨٪ بعد تخفيض قيمة خطاب الضمان الى ٢٨٪ من قيمته المستحقه اصلا، بعد التقدم الملموس للعمل واخذ البنك اَلْمُصْدِرْ غطاءً كاملا من العميل الآمر تجرى عليه ذات التخفيضات .

وبدأت الخلافات فور بداية تنفيذ العقد ، ففى ١٩٨٧/١١/١٨ قررت المجموعة انهاء عقدها ولكن الشركة المكسيكية رفضت الاخطار بذلك وأرسلت انذارا في ١٩٧٧/١١/٢٧ بنهاية العقد من جانبها وطالبت بعقد لجنة تحكيم في ١٩٧٧/١٢/١٦ وطالبت المجموعة بالتعويضات،- وبادلتها المجموعة بطلب التعويضات ايضا

وأمام هيئة التحكيم طلبت المجموعة إعتبار ضمانات الشركة المكسيكية قائمة بالرغم من الغائهم لعقد المقاولة للشركة المكسيكية وطلبت بصرفها كتعويض او جزء من التعويض المطالب به منهم ودفعت المجموعة بعدم اختصاص التحكيم بالنظر فى امر خطاب الضمان المقدم منها،- فاذا رأت الهيئة انها مختصة فهى تدفع بإنتهاء هذا الضمان لانه ليس هناك اى اساس للمطالبة به بعد انهاء الجانب المكسيكى للعقد واصبح ضمان المخاطر غير ذى موضوع.

وصدر ألحكم في ١٩٧٩/٦/١٤ وقالت هيئة التحكيم أنه يلزم فهم هذا العقد وتفسيره على أسَاسٍ من المبادئ العامة للقانون دون التقيد بأى قانون وطنى، وذلك بناء على ان العقد بين الأطراف كان يخول الهيئة ذلك، ويطلب منها تطبيق قواعد العدالة وهذا يعطى الهيئة كامل الحرية فى تطبيق قواعد العدالة بالنسبة للطرفين وقالت ان الجانب المكسيكى كان مفروضا فيه ان يصرف خطاب الضمان المغطى للمخاطر قبل انهاء العقد وان كان الجانب المكسيكى قد

عرض طلب صرف خطاب الضمان بهيئة تحكيم اخرى برقم ٣٣١٦.

اما ضمان الدفعة المقدمة ، وكذلك الضمانين الاخرين المقدمين من الجانب البلچيكى فلا تتأثر بالغاء العقد ويلزم ان تعتبر قائمة حتى الحكم في النزاع وفى ١٩٧٩/٧/٢٠ أُشْهِرَ افلاس المجموعة البلچيكية من محكمة بروكسل وقدم مديرها للمحاكم الجنائية وطلب وقف اجراءات التحكيم ولكن الهيئة رفضت ذلك وطعن على هذا القرار من الهيئة امام المحكمة العليا فى جينيف في ١٩٧٩/١٠/١٣ تأسيسا على نص المادة ٤١ من القواعد السويسرية الموحدة بمقولة وجود ادلة جديدة .

وطلب وقف السير فى اجراءات التحكيم حتى تفصل المحكمة العليا فى طلب ممثل المجموعة ورفض المحكمة هذا الطلب فى ١٩٨١/١٠/٢٩ ورفضت ايضا الطعن .

وكانت الشركة المكسيكية قد رفعت تحكيما مستقلا بصرف خطاب ضمان المخاطر تحت رقم ٣٣١٦ وحكم لها بذلك ١٩٧٩/١٠/٢٣ وطعن على هذا القرار ايضا امام محكمة چينيف تأسيسا على المادة ٤١ السابق الاشارة اليها ورفضت هذا الطعن فى ١٩٨١/١/٢٩ ولكن وكلاء الاتحاد البلچيكى المشهر افلاسه حصلوا على امر مؤقت من المحاكم البلچيكية والسويسرية بوقف صرف خطاب ضمان المخاطر وذلك بهدف تأمين مجموعة الشركات المفلسة اذا ما حكم لها فى التحكيم الاصلى بالتعويض .

وايضا اخذ الجانب المكسيكى أمرا بوقف صرف خطابات الضمان الصادرة منه لمجموعة الشركات المفلسة ثم التقى الاطراف للإتفاق على الغاء هذه الأوامر المؤقتة وتم الاتفاق .

اولا : ايداع خطابات الضمان الصادرة لمجموعة الشركات المفلسة فى حساب بنكى لضمان اى مبلغ يحكم به على الجانب المكسيكى لصالح مجموعة الشركات المفلسة .

ثانيا : ايداع قيمة خطاب الضمان المخاطر بعد صرفه فى بنك سويسرى آخر مقابل اصداره خطاب ضمان للمجموعة المفلسة بدفع اى رصيد قد يستحق لهم لم تتم تغطيته من

قيمة خطابات الضمان المذكورة فى اولا .

ثالثا : خولت البنوك الدفع المباشر تنفيذا لحكم المحكمين النهائى .

وقام خلاف آخر مع بنك أمريكا اللاتينية تعلق بقيمة خطاب ضمان المخاطر المحكوم للجانب المكسيكى بصرفه وايداع قيمته فى بنك سويسرى طبقا للإتفاق اذ طلبت المجموعة المفلسة تخفيض قيمته طبقا لشروط العقد وعرض الامر على محكمة بروكسيل التجارية ولكن الدعوى سُحِبَتْ قبل الفصل فيها واتفق الطرفان على ايداع مبلغ ٦١٣ر١٥ر٣ دولار فى بنك سويسرى .

وبعد ست سنوات وثلاثة اشهر وبالتحديد في ١٩٨٤/٤/١٧ صدر حكم نهائى موضوعى من هيئة التحكيم فى هذا النزاع الذى لم توضع عقوده موضع التنفيذ أبدا ولم يعيش اكثر من سنة واحدة وهو يقضى : -

اولا : قررت الحكم ان الجانب المكسكى كان علي حق فى انهاء الاتفاق لإخلال الجانب البلچيكي إخلالاً جوهرها بالتزاماته التعاقدية ولم تلق اى اعتبار للقول بان سلوك الجانب المكسيكى كان هو سبب افلاس المجموعة البلچيكية .

ثانيا : قررت الهيئة ان مطالبة المجموعة المفلسة بخطاب الضمان الابتدائى غير المشروط كان فى محله واجله وكان يلزم علي البنك صرفه وقيده على حساب الجانب المكسيكى وكان المبلغ علي ما سالفنا مودع فى حساب مغلق فى البنك السويسرى .

ثالثا : قالت الهيئة ان المجموعة البلچيكية هى التي اخلت اساسا بالعقد الاصلى وان الجانب المكسيكى لم يطلب الا تعويضا قدره ١٨مليون دولار حكم له بها ولو انه طالب بكامل قيمة خطاب ضمان المخاطر لحكم له بها .

رابعا : رأت الهيئة تعويض الجانب البلچيكى بسبب بعض اخطاء الجانب الكسيكى على ان يدفع التعويض من الحساب المعلق .

خامسا : أنهت الهيئة خطاب الضمان الصادر من البنك السويسرى مقابل ايداع القيمة المتفق عليها من خطاب ضمان المخاطر .

حكم بفوائد للشركة المكسيكية عن ثلاث سنوات فقط بناء على طلبها وكان لزاما على هيئة التحكيم اعمال قواعد العدالة واجراء مقتضى العقد بين الاطراف .

خطاب الضمان البنكي

في ايطاليا

تردد الفقه الايطالى في اعتبار خطاب الضمان البنكى نظاما قائما بذاته متميزاً عن عقد الضمان او الكفالة المقدمه فى القانون المدنى الايطالي .

وقد قام جدل حول تكييف خطاب الضمان غير المشروط المستحق عند الطلب ومحاولة ربطه بالكفالة وإعمال مقتضى أحكامها عليه بالرغم من طبيعته المجردة والتزام البنك فيه بالدفع دون تدخل من جانب الآمر .

وقد تغلب الرأى القائل بحرية الافراد ان يبدعوا ويتفقوا على عقود جديدة أحكامها خارج نطاق العقود فى القانون المدنى الايطالى .

وأما بالنسبة للسبب فهو سبب غير مباشر الذى يرد الي العقد الاصلى أو الى مصلحة الآمر والمستفيد الإقتصادية .

وغالبا ما يشار في خطاب الضمان إلى التزامات الآمر فى العقد الاصلى وهذا ينبى عن ان خطاب الضمان هو أقرب الي ان يكون تطوير وتعديل لعقد الكفالة اكثر من كونه عقدا جديدا كما يقول بعض الشراح فى ايطاليا .

وهذا معناه انهم ينظرون الى خطاب الضمان باعتباره عقداً ولكن هناك اعتراف واسع بخطاب الضمان البنكى باعتباره نظاما خاصا متميزا الا ان الجدل الفقهى مازال قائما حول ألسبب غير المباشر لخطاب الضمان البنكى والذى يتلمسه الفقه في العقد الاصلى وتأثير بطلان هذا العقد علي التزام البنك ومسئوليته قبل المستفيد خاصة فى المجالات التي يشار فيها إلي العقد الاصلي فى نص خطاب الضمان وليس هناك خلاف حول بطلان خطاب

الضمان في حالة غش المستفيد وإن كان الاساس القانونى لذلك مختلف عليه فى الفقه والاحكام .

وليس هناك أى تردد سواء من الناحية القانونية او الممارسة التطبيقية فى تكييف العلاقة بين البنك والمستفيد بانهاء علاقة مستقلة ومنفصلة عن العلاقات الاخرى فذلك مستقر تماما فى ايطاليا ويمكن استخلاص استقلالية خطاب الضمان البنكى وانفصاله عن العلاقات المحيطية به من كلماته وتعبيراته .

حكم لمحكمة استئناف ميلانو صدر في ١٩٨٤/٢/٢١

خلطت المحكمة بين العلاقات المحيطة بخطاب الضمان مع الالتزام الناتج عن خطاب الضمان ذاته وكذلك اخطأت المحكمة فى اختيار القانون الواجب التطبيق .

وتتحصل ألقضية فى أن بنك ايطالى أصدر لبنك سويسرى خطاب ضمان غير مشروط مستحق بمجرد الاطلاع ضمانا لعقد قرض عقده عميل ألبنك الايطالى ، وطبقا للقانون الايطالى يلتزم المقترض بدفع ١٥٪ ضرائب على قرضه ، ولما طالب ألبنك السويسرى بخطاب ألضمان من البنك الايطالى صرفه الاخير ناقصا الضرائب ومعنى ذلك انه خلط بين القرض المقررة عليه الضرائب وقيمة خطاب الضمان المستقلة تماما عن عقد القرض الاصلى ولكن المحكمة أيدت البنك الإيطالى فى تصرفه وأعتبرت القانون الايطالى منطبقا على مبلغ الضمان وكأنه هو ذاته القرض وهذا الحكم يناقض احكام سابقة عليه ، وهذا علاوة على ان المحكمة أعملت القوانين الايطالية وطبقتها على علاقات لاتُحْكَمْ بها .

خطاب الضمان البنكى

فى هولندا

يشير الشراح فى هولندا الى عقد الضمان باعتباره نوع من ألكفالة او التأمين وتَضَمّنَ مشروع القانون المدنى الجديد فى هولندا إشارة الى عقد الضمان باعتباره تعهدا مستقلا بالدفع لشخص، آخر ويميز بعض الشراح بين الضمان والتعهد لشخص ثالث بالدفع، واشار بعض الشراح الى خطاب الضمان البنكى المستقل وعَدّوه عقدا ذات طبيعة خاصة (Sui Generis) ، بينما يراه البعض الآخر قريب الشبه بالتعهد لشخص ثالث .

ويقوم خلاف حول مدى علاقة خطاب الضمان البنكى فى هولندا بالعقد الاصلى الذى صدر الضمان بمناسبته .

حكم محكمة المسترداد فى ١٩٨٤/٤/٥

لم تقف المحكمة كثيرا عند التفرقة في التكييف القانونى بين خطاب الضمان البنكى باعتباره عقدا ذو طبيعته خاصة أو الكفالة أو التزام بالدفع واعتبرت المعروض عليها خطاب ضمان بالرغم من أن ألدفع بمجرد الاطلاع لم يكن واضحا فى نصه إذ جرى بهذا التعبير : –

مستحق الدفع فورا الا في حالة تأجيل الوفاء بالدين المضمون، أو أن هذا ألدين لم تقم المطالبة به، او ان الدين لا يمكن رده الى العلاقة المشار اليها .

فحقيقة ان ألضَامِنْ قد إلتزم للمستفيد بمبلغ حَدُهُ الأقصى كذا يؤدى الى تكييف العقد على انه ضمان .

وتثور الخلافات حول بعض الصياغات لخطاب الضمان البنكى التى تصدر فى هولندا ومثال ذلك ان ينص البنك على : –

١- تعهد بدفع اى مبلغ من المال يكون مستحقا على الآمر بناء علي حكم نهائى .

٢- تعهد البنك بدفع اى مبلغ يصدر به حكم نهائي من التحكيم أو القضاء.

٣- تعهد البنك بدفع اي مبلغ نتيجة التسوية الجارية بين الطرفين .

وهذه الصياغات هى اقرب الى الكفالات البنكية منها الى خطاب الضمان

حكم هولندا فى ١٩٨٧/١٠/٢٧

محكمة Armhem منشور فى مايو سنة ١٩٨٦

وافقت شركة سويسرية على شحن بضاعة لعميل في هولندا وطلبت الشركة البائعة خطاب ضمان بنكى ووصلها عدد (٢) تلكس منسوب صدورها الى المشترى وعن طريق بنك الاخير فى هولندا وتخلف المشترى الهولندى عن الدفع .

وطلبت الشركة السويسرية صرف الضمان ، وأنكر البنك الهولندى انه أرسل أى تلكس ورفض الدفع وَعُرِضَ الآمر على المحكمه الهولندية التى لاحظت ان التلكسين لا يحملان رموز البنك علاوة على ان العرف البنكى يُلْزَمْ ان يكون التلكسين صادرين عن المركز الرئيسى ثم يتم تعزيزها كتابةً بناء عن طلب البنك السويسرى .

ولجأت المحكمة الى شهادة خبيرين فقررا انه يمكن صدور التلكسين من شخص ثالث ، وأن التعزيز الكتابى ليس فرضا علي البنك السويسرى ان يطلبه .. وإنتهت المحكمة الى رفض دعوي البنك السويسرى .

خطاب الضمان البنكى

فى المانيا

اولا : ينظم القانون المدنى الالمانى عقد (Burgschaft) او عقد الضمان باعتباره عقدا ملحقا بالعقد الاصلى (تعهد ثانى) من ألضامن يلتزم فيه بدفع دين معين اذا تخلف المدين الاصلى عن الوفاء به المواد (من ٧٦٥ الى ٧٧٧) والتزام الضامن فيه طبقا للمادة ٧٦٧ يدور وجودا وعدما وشروطا مع التزام المدين الاصلى بالدين فى عقده مع الدائن المضمون له الوفاء.

ثانيا : افرزت الممارسات الفعلية نوعا آخر من الضمان يكون الضامن فيه مسئولا مسئوليةشخصية مباشرة غير مرتبطة بالدين الاصلى المضمون وهذا النوع من الضمان مصدره احكام القضاء (Guarantiee Indemnity) .

ثالثا : وهناك نوع ثالث وأخير يُرَدْ الى إرداد وإتفاق الاطراف يقرروا فيه اتفاقا ان الضامن هو مدين ثانى مسئول عن ذات الدين مسئولية مباشرة ويسمى بالالمانية (Schbmitubermahm Bugschaft).

وفى الممارسات الفعلية اسهمت الشروط التى يميلها اطراف النزاع فى اختلاف هذين النوعين من الضمان حتى اصبحت التفرقة بينهما غير واضحة .

فالنوع المسمى (Burgschaft) يمكن الاتفاق فيه على الدفع بمجرد الطلب ويلتزم الضامن بالدفع ولكن من حقه الرجوع بما دفعه على المستفيد إذا ما أثبت أن ألدين الاصلى منعدم او أنه انتهى .

والنوع الثانى يمكن بان يتحول ألالتزام فيه الى التزاماً ثانيا اذا توافرت فيه بعض الشروط ومنها ان المخاطر التى يغطيها الضمان قد تحققت وبذلك ومن الناحية القانونية ، يصبح قريبا من النوع الاول .

وينتهى كلا النوعين فى تاريخ الانتهاء المنصوص عنه فى العقد وليس من اللازم ان يكون تاريخ انتهاء الالتزام الاصلي منهى للضمانين المذكورين وانتهاء الضمان ليس مرهونا برد ورقته ويلتزم الضامن بالوفاء بالتزامه طبقا لنص ورقة الضمان .

ويكون للضامن دعوى مقابلة لدفع إلتزامه إذا توافرت اسباب خاصة ، وهذه الدعوي مرتبطة بالالتزام المضمون ويلتزم البنك فى مواجهة عميله برعاية مصالحه .

وتنص البنوك في عقودها المطبوعة على حدود هذا الالتزام وقد ينص على ان البنك الضامن يُسْمَح له بالدفع للمستفيد عند أول مطالبة دون ان يكون ملزما بالتأكد اذا ما كانت المطالبة في محلها من عدمه ، ولكن مثل هذا النص لا يَجُبْ المبدأ الاساسى بالتزام البنك برعاية مصالح عميله .

ويحل ألضامِنْ الذى أوفي بالدين فى النوع الاول من الضمانات بقوة القانون محل المدين الاصلي .. هذا علاوة علي ان علاقته مَحْكُومه بعقد الضمان ، وكذلك ينظم علاقة الآمر بالبنك عقدهما ، الذى صدر خطاب الضمان بناء عليه. وطبقا للقانون الالمانى يُسْمَحْ للبنوك قانونا إصدار ضمانات شخصية بالتزام أصيل ومباشر أو إلتزام ثانٍ وثمة من خلاف فى الممارسات الفعلية والتطبيق بين المانيا وانجلترا .

ففى إنجلترا يصعب جدا. اجابة الآمر الى طلبه بوقف صرف الضمان او الغائه الا للغش الفاضح من ألمستفيد وليس الأمر كذلك فى المانيا فان سلطة تقدير القاضى لطلب الآمر بوقف الصرف اكثر مرونة فليس الغش وحده فى المانيا هو الذى يُوقِفْ صرف ألضمان، بل ان اساءة إستعمال المستفيد لحقة في طلب الصرف بسوء نية يمكن ان تكون سببا لوقف الصرف.

وهذا لا يحدث فى القضاء الانجليزى .حكمت بذلك محكمة فرانكفورت فى ١٩٨٣/٢/٣ وتأيد حكمها من المحكمة الاتحادية فى ١٩٨٤/٣/٢١ (Rowe) .

ومن الأمثلة على إساءة استعمال الحق بسوء النية التى تصلح لوقف الصرف تقديم خطاب ضمان فى مناقصة توريد أو إنشاءات ينتهى فيها العرض المقدم من المقاول في ميعاد معين وقبل انتهاء أجل خطاب الضمان وبعد فوات أجل العرض ألمقدم ، يتقدم المستفيد للصرف حتى يُكْرِه المقاول على مد عرضه الى ان يبت في المناقصة .

ان هذا المثال يوضح إساءة استعمال الحق وبسوء نية وهو صالح امام القضاء الالمانى لوقف الصرف .

اما القضاء الانجليزى فى مثل هذه الحالة لايبحث فى نية وهدف المستفيد الذي تقدم لصرف خطاب الضمان غير المشروط فى أجل سريانه ويرفض طلب الآمر او البنك بوقف الصرف

وليس الآمر وحده صاحب الحق فى الالتجاء الى المحكمة لطلب وقف الصرف تأسيسا على إساءَت استعمال ألمستفيد لحقه بشكل واضح، بل ان البنك ايضا من واجبه ان يفعل ذلك ويمتنع عن الصرف للمستفيد سئ النية .

ويجد هذا النظر سنده فى المادة ٢٤٢ من القانون المدنى الالمانى التى توجب مباشرة الحقوق بحسن نية ودون تعسف او إساءة لاستعمال الحق ويرى بعض الشراح ان التزام البنك بذلك يظل قائما حتى اذا نص فى عقد اصدار الضمان أو فى ورقته باعفاء البنك من ذلك .

اكدت المحكمة الفدرالية ذلك في أحكامها الصادره فى ١٩٥٥/٣/٢٣ و ١٩٥٨/٤/٢٤ و ١٩٥٨/٩/١٨.

وتَخَلُّفْ البنك عن أداء واجبه في الامتناع عن الصرف وطلب وقفه يُعَدْ إخلالا منه بعقده مع الآمر ، قد يؤدى الى الزامه بتعويض الضرر الذى لحق بالآمر وقد يلجأ الآمر الى طلب وقف

الصرف ضد البنك لمنعه قيد قيمة خطاب الضمان الذى صرفه للمستفيد على حسابه ولكن الغالب ان يكون طلب وقف الصرف للمستفيد سابقا على الصرف .

وهناك اجراء آخر يتخذ الى جوار وقف الصرف وهو الحجز تحت يد البنك وان كانت جَمْهَرت الشراح فى المانيا لاترى مُكْنَة إستعمال اجراء الحجز تحت أليَدْ فى خطاب الضمان البنكى كما سبق ان اوضحناه وتؤيد ذلك احكام القضاء الالمانى وعلى سبيل المثال الاحكام الصادرة من المحاكم الاتية :

(١) فى ١٩٨١/٦/١٠ من محكمة فرانكفورت (امر قضائى)

(٢) فى ١٩٨١/٢/١١ من محكمة إشتودجر .

(٣) في ١٩٤/٨/٩ من محكمة ديزلدورف .

ويلزم أن نلاحظ أنه في المانيا لا يكون غالبا ، مجرد اساءة استعمال الحق كافيا وحده لايقاف الصرف ، بل يلزم ان يكون هناك غش أو سوء نية من المستفيد فى المطالبة بصرف الضمان وان يكون ذلك ثابت بالمستندات ثبوتا واضحا ، وقد تأخذ المحكمة بعين الاعتبار ما يقرره الشهود عند سماع الدعوى فى حالة صدور الامر بوقف الصرف .

وقد حكمت المحكمة الفيدرالية فى ١٩٨٤/١٠/١٦ باختصاصها فى الدعوى المرفوعة من الآمر الالمانى على المستفيد الاجنبى الذي يطالب باسترداد ما صرفه المستفيد بغير حق وذهبت هذا المذهب ايضا محكمة ميونخ فى ٨٤/١٠/١٤ وقضت فيه بالزام البنك البلچيكى بدفع قيمة خطاب الضمان الذي صرفه المستفيد سئ النية بغش واضح وكانت الدعوي مرفوعة من ألآمر الالماني ولكنها اى المحكمة لم تشترط تواطؤ البنك مع المستفيد فى ذلك .

المبادئ والاحكام

يقول الدكتور هيربرت أن المحاكم الانجليزية لا أمل في ساحتها لوقف صرف خطاب الضمان ، الا في حالة غش المستفيد الفاضح او التزوير مع عِلْمْ البنك او استطاعته معرفة ذلك، والا فعلي البنك ان يُشَرِّفْ توقيعه. -

اما في المانيا فقد اسس القضاء مبادئه ليس بهذه الصراحة الانجليزية وأضاف الى الغش اساءة استعمال المستفيد لحقه وذلك نجده في حكم محكمة فرانكفورت بتاريخ ١٩٨٣/٣/٣ والمؤيد من المحكمة الفيدالية بتاريخ ٨٤/٣/٣١ .

وإساءت استعمال الحق في هذه الاحكام انما تَرُدُّه الى اسلوب المستفيد في طلب صرفه خطاب الضمان بعد استيفائه للاجراءات الشكلية التي يعلم إن البنك لا يلتزم بأكثر منها للصرف، ولكن الظروف تؤكد انه ليس مستحقا للصرف، ولا هو حسن النية فيه، وطبقت المحاكم الالمانية هذا المفهوم لاساءة استعمال الحق في الصرف على محاولة إحدي الحكومات صرف خطابات ضمان لمقاولين قدّموها تأكيدا لجدية عرضهم في مناقصة حول مشروع طرحته الحكومة وكان الضمان سارى لمدة ثلاثة اشهر ولكنها ، اى الحكومة ، لم تبت في العرض في خلال المدة المقررة وطلبت تجديد الضمانات من المقاولين مهددة بالصرف مستغلة طبيعة علاقتها بالبنك المنفصلة عن العلاقات المحيطه به لإجبار المقاولين علي الاستمرار ومد مدة عرضهم فان هذا التصرف من الحكومة مُتَّسِمْ بسوء إستعمال الحق يلزم معه وقف وتجميد الصرف من القضاء الالماني ،

وليس الأمر وحده في سوابق القضاء الالماني هو الذي يحتج بسوء النية وإساءة استعمال الحق ، فهذا الحق مُخوّلْ أيضا للبنك ألمصدر وهو من واجبه اذا كانت المطالبة بالضمان من الواضح عدم عدالتها وبتعبير القانون يلزم ان نكون بصدد ممارسة غير قانونية للحق طبقا لنص المادة ٢٤٢ من القانون المدني الالماني ، وتطبق المحاكم هذا النظر حتى لو كانت عبارات

خطاب الضمان قاطعة الدلالة على التزام البنك بالصرف دون اى حق من اى نوع فى المعارضة.

وهذا النظر يختلف جوهريا مع تطبيقات واحكام المحاكم فى انجلترا ذلك أنها ترى ان البنك ليس له ان يقحم نفسه موضوعيا على علاقة الطرفين ويحدد هو - سوء النية وإساءة استعمال الحق من عدمه، فهذا فوق أنه يخل بمهمة خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية، يورط البنك فى تحمل المسئولية إتخاذ مثل هذا القرار ويكون عُرْضَةْ للحكم عليه بالتعويضات اذا كانت نظرته للامور على ضوء علاقات الآمر بالمستفيد المجهولة بالنسبة له، وطبقا لعقدهما ليست كما تصورها البنك .

هذا علاوة على أن ذلك يخل بطبيعة خطاب الضمان البنكى من أنه مجرد عن السبب مُطَهَرْ من الدفوع وترى المحاكم الإنجليزية ان الآمر على اى حال من حقه الرجوع علي المستفيد بما قبض طبقا لعقدهما بعيدا عن البنك .

وفي القضاء الألمانى ايضا ليس الأمر يسيرا كما يبدو، وعند مطالبة الآمر بوقف الصرف تأسيسا على إسائة استعمال الحق فلا يكفى فى ذلك الواضح من ظاهر الاوراق او الظروف أو مجرد وجود اقرار رسمى فالقاعدة في القانون الالمانى ان للمستفيد حقا مقررا فى صرف الضمان ولكن يلزم ان يباشره بحسن نية ودون اساءت إستعمال الحق.

وذلك هو المطلوب فى الاوامر الوقتية الاخرى التى ترفع تحت مظلة المادة ٢٤٢ مدنى المانى بل انه يلزم كقاعدة ان تكون المطالبة بوقف صرف خطاب الضمان البنكى من الآمر تأسيسا على الغش، واساءت إستعمال الحق، ثابتة بالمستندات الواضحة واستعمال حق الصرف فى ظروف غير طبيعية عند طلبه وان يكون سوء النية واضح من الاحداث بَدِيهى ألاثبات، وقد تركن المحكمة فى ذلك لشهادة الشهود .

اما بالنسبة للبنك فمن المقرر ايضا فى القانون الالمانى ان علاقته بعميله الآمر خاضعة لعقدهما الذى يُعَرّفْ فى القانون الألمانى بأنه اتفاق يلتزم فيه احد ألاطراف ألقيام بعمل

قانونى او تجارى لآخر فى علاقة مباشرة ومستقلة بين الملتزم والطرف الثالث يمكن فيها الرجوع على البنك الملتزم بالاضرار من الآمر ، فدفع البنك غير الواجب قد يُلْزِمُه بالتعويض للآمر بناء على عقدهما ولكن اذا كان الآمر يريد أن يختصر الطريق .. فعليه أن يلجأ الى القضاء لإلزام البنك بتجميد الصرف وله وسيلتين فى ذلك :

١ - طلب امر قضائى بوقف الصرف وتجميده .

٢ - الحجز بمعنى منع البنك من الصرف للمستفيد او البنك المحلى فى حالة الضمان المقابل او المعزز ثم رفع الدعوى الموضوعية، ويلزم أن يبرز الآمر ان المخاطر لا يمكن تجنبها عند طلب التجميد أو ألحَجز بالمعنى المشار اليه اذا ما تم الصرف .

وطلب وقف الصرف وتجميده هو الغالب وهو الوسيلة التى تؤيدها اغلب الاحكام (حكم فرانكفورت فى ٨١/٦/١٠ وترى بعض الاحكام ان طلب وقف الصرف ليس معناه أحيانا وقف الصرف للمستفيد الذى قد يكون حتميا ولكن وقف خصم القيمة من حساب العميل بعد الصرف للمستفيد، ولكن الغالب هو طلب ووقف الصرف للمستفيد .

وهذه المبادى يطبقها القضاء الالمانى لا تسرى فقط على خطاب الضمان البنكى ولكن ايضا على صرف الاعتمادات المستندية ونشير الى ثلاث احكام من المحكمة الاتحادية صادرة في ١٩٥٥/٣/٢٣ و ١٩٥٨/٤/٢٤ و ١٩٥٨/٩/١٨ .

خطاب الضمان البنكي

في إنجلترا

اولاً : مقدمه فى الضمان التقليدي فى إنجلترا

تأخذ المدرسة الإنجلوسكسونية بالنظام الاستقرائى أساسا والقواعد القانونية التى تفرزها احكام القضاء المستقرة والمتوارثة ، تصبح قانونا عاما وهذا يختلف عن المدرسة اللاتينية التى تأخذ بالنظام الشمولى أساسا اى نظام التقنين واصدار قوانين تقرر مبادئ واحكام عامه يجرى القاضى تطبيقها والإلتزام بها كفرنسا ومصر وبلچيكا وايطاليا ، ولكن ليس معنى ذلك ان كلا النظامين لا يلجأ الي اسلوب الاخر .

ففي انجلترا ايضا تشريعات في بعض ألامور، وفي المدرسة اللاتينية نجد قواعد العرف مصدرا من مصادر القانون وهى قواعد وان لم يقررها قاضى وإنما أفرزها ما تصالح ألناس على العمل به ، والعرف المستقر بتواتر كالقاعدة القضائية المستقرة بتواتر يُعْمَل مقتضاها القاضى.

وكذلك أحكام محكمة النقض التى يُتّبَعْ غالبا ما تقرره من مبادئ وإن لم تكن ملزمة.

وقانون الضمان فى إنجلترا قررته أحكام القضاء الانجليزى على مدى سنوات طويله وألضمان التقليدى هو عقد تابع للعقد الاصلى يلتزم فيه ألضامن، عند تخلف المدين عن الوفاء، بسداد الدين؛ أما التزام الضامن المستقل عن التزام المدين فقد مورس أساسا فى التجارة الدولية ، وشروط تقريره وتطبيقه وانتهائه قررتها احكام القضاء أو انها أقرّتها .

ويلزم ان نشير الى ان اسكتلندا تأخذ بالنظام الشمولى الذى اسلفناه ، وايرلندا تأخذ بالنظام الاستقرائى مثل انجلترا وويلز.

و المملكة المتحدة وأيرلندا الشمالية تخضع لبرلمان موحد فى لندن يُشَرّعْ لجميع البلاد ، ويشمل مجلس اللوردات كمحكمة عليا ..

وتَصْدُر خطابات ألضمان فى إنجلترا أساسا عن البنوك، وتُصْدِرْ شركات التأمين ضمانات عادية والقانون العام فى انجلترا الذى اشرنا اليه ، يعالج الضمان التقليدى التابع للعقد الاصلى ويكون التزام الضامن فيه التزاما ثانيا للمدين الاصلى ويُرَدْ اساسا الى العقد الاصلى وشروطه وللضامن فيه كافة دفوع ودفاع المدين النابعة من عقده مع المستفيد من الضمان.

ومن قواعد القانون الانجليزى العام ايضا الضمانات الشخصية التى تقرر التزام الضامن التزاما مستقلا ومباشرا عن عقد المدين الاصلى مع دائنه المضمون، ويعبر عنه بكلمة (Indemnity) بمعنى التعويض او التأمين المباشر المستقل للدين المضمون . وهذا التعبير تستعمله البنوك الانجليزية للتدليل على التزام البنك اساسا بالضمان،

وعلى اى حال فان صياغة خطاب الضمان البنكى فى النشاط التجارى الدولى يعبر بطريقة واضحة عن الالتزام الاساسى المستقل للبنك .. وغالبا ما يكون هذا التعبير « ندفع لكم بمجرد الطلب ، او عند الاطلاع ، او دون اى شرط ».

وتُصْدِر البنوك احيانا سندات ضمان بالتزام عليها بدفع مبلغ معين من النقود او القيام بالتنفيذ (Proformance Bonds) وفى مفهوم القانون الانجليزى من واقع ما يحدثنا به شراحه تجرى التفرقة بين :

(١) Gurantee الضمان

(٢) Surety وهى الكفالة

(٣)Indemnity اى تعويض الضرر

ولكل نوع من هذه الانواع خصائصه فى القانون الانجليزى . يمكن القول ان الكفالة فيه إسم جنس ، والضمان فيها اسم نوع لانها أشمل فالضمان التقليدى هو التزام ثان بوفاء دين عن مدين هو الملتزم الاول به للدائن.

اما الكفالة وان تضمنت خصائص الضمان على انها احياناتكون مختلفة عنه كمن يقدم أوراقا مالية قابلة للخصم ويضعها تحت يد الدائن ليستوفى منها دينه عند اللزوم وفى حدود قيمة هذه الاوراق المالية فقط ، فهو ليس ملتزما فى هذه الصورة شخصيا أو مُلتزما بالدين ككل.

واما (Indemnity) تعويض الضرر فى القانون الانجليزى فهو التزام لايشترط فيه ان يكون الضرر نتيجة ظروف طبيعية ، وهو التزام أساسى، وليس التزاما ثانيا يشغل ذمة الملتزم به مباشرة ، وهو ليس ضمانا أساسه تخلف المدين عن الوفاء بخطئ منه وانما ، هو تعويض ضرر أياً كان مصدره وفى علاقة معينة .

والقانون الإنجليزى لا يأخذ بالمسئولية التقصيرية بقواعدها وشروطها كما هى مستقرة فى الفكر اللاتينى فتطبيقاته لذات الفكره لها مفهومها الخاص وتعويض الضرر (Indemnity) قد تدخل ضمن المسئولية التقصيرية غير العقدية فى القانون اللاتينى ، ذلك انها لا يلزم فيها الكتابة وقد تفرزها ، فى القانون الانجليزى ، الواقعة القانونية والتصرف القانونى على السواء أو ربما تكون هذه النوعية أقرب الى المسئولية المفترضة أو نوع منها. وتحدثنا عن الواقعة القانونية ، والتصرف القانونى لتوضيح هذا النوع من العقود .

وخطاب الضمان البنكى ، ليس واحدا من الانواع الثلاثه ، فهو ليس الضمان التقليدى بالرغم من انه يضمن التزام المدين او دينه فى حدود مبلغ معين من المال ولكنه التزام أساسى وأصلى ومستقل عن العقد الاصلى والعلاقة فيه مباشرة بين البنك والمستفيد .

وهو ايضا ليس كفالة بمفهومها فى القانون الانجليزى ، وان كان التزام البنك محددا بمبلغ من النقود قريب الشبه من بعض أنواع الكفالة التى فيها يحدد الكفيل مسئوليته فى حدود

مبلغ معين كأن يقدم اوراقا مالية قابلة للتداول والخصم ، يتنازل عنها للدائن ليستوفى حقه منها وفى حدودها فقط عند اللزوم دون اى مسئولية اكثر من ذلك على الكفيل .

وهو ليس عقد تعويض ضرر (Indemnity) لان هذا قد يكون اساسه فعل ضار " مسئولية تقصيرية فى القانون اللاتينى " ولكنه فى الواقع يعوض ضررا، والانواع الثلاثة السابقة من الضمانات كثيرا ما تخلط ببعض لتُكَوّنْ عقدا جديدا له احكاما مختلفة .

وخطاب الضمان البنكى لا يَنْتَمِى لأى من هذه الضمانات الثلاثة فهو يصدر تأمينا لتخلف الآمر أو لخطئه فى تنفيذ التزامه ، دون الزام على المستفيد لإثبات ذلك .

وتصدر شركات التأمين فى انجلترا ضمانات تسمى (Surety Bonds) سند تأمين او كفالة، وهى افراز للنشاط والممارسة ولاتُرد الى نوع محدد من الضمانات ولا تعدو الا ان تكون كفالة.

وتستعمل كلمة (Bonds) بدلا من كلمة (Guarantee) إستعمالا خاصة وهى تعنى اساسا (اى كلمة Bonds) الارتباط بأى التزام مثل الالتزام بوثيقة رسمية لدفع مبلغ من المال وهى الان تستعمل فى تعريف أو وصف شهادات الالتزام بقروض مختلفة للضمان والاحكام التفصيلية لهذه الضمانات وكذلك طبيعتها قررتها احكام المحاكم على المدى الطويل ، وكثيرا منها تتعلق بالضمانات التى تعطى للبنوك من الشركات او الافراد لضمانات وتأمين دين أو قرض منحه البنك لطرف ثالث .

والضمان التقليدى فى انجلترا هو عقد من نوع خاص ، تكون له قوته الالزامية اذا كان ثابت بالكتابة وموقع عليه من الضامن او وكيله ، أو انه كان نتيجة اتفاق موقع من طرفيه . واذا ما تقرر الضمان بورقة رسمية أو موثقة ، فهو قائم بصرف النظر عن قيام الالتزام المقابل من عدمه او بمعنى آخر بصرف النظر عن سببه ، اما الضمان المقرر بورقة عرفية فيلزم ان يكون له سببا وليس من الضرورى ان ينص عن هذا السبب فى سند الضمان .

والضمانات التى تعطى للبنوك عادة ما ينص فى سندها انها مقابل قرض او اى تسهيلات اخرى اى انه غالبا ما يذكر فى سندها السبب .

والضمانات التقليدية هى التزامات إضافية ، فاذا كان الالتزام الاصلى باطلا او غير قابل للتنفيذ كذلك يكون الضمان .. وكثيرا ما يُنَصّ فى الضمان على اعتبار الضامن فى هذه الحالات مدينا أصليا مسئولا عن الدين تأسيسا على شرط التعويض.

(Indemnity Clouse) وهذا ما يعبر عنه القانون اللاتينى بالضامن المتضامن ،

واذا كان هناك اكثر من ضامن واحد فقد يكونوا مسئولين مسئولية مشتركة عن كامل الدين مقاسمة بينهم أو أن يكون كل منهم مسئولا عن كامل الدين ويرجع هو على الاخرين بحصة كل منهم طبقاً لنص الضمان اذا ما رجع عليه المستفيد وأستوفى منه كامل الدين. والا كان له اى للمستفيد ان يعود على الاخرين او احدهما لما لم يستوفيه .

والتزام الضامن او الضُمّان يغطى قيمة الدين فى كل مراحله فاذا لم ينص على ذلك اصبح الالتزام فى حدود الدين فى تاريخ صدور الضمان.

ويمكن للضامن ان يحدد مقدار ضمانه فى عقد الضمان بنسبة معينة من الدين المضمون او مبلغ معين .. فاذا ما كان الضمان لالتزامات المدين معين المقدار، - يبطل وينتهى هذا الضمان إذا مازادات قيمة الدين المضمون على ما هو مسموح باقراضه طبقا لعقد ضمان المدين .

ويحل الضامن الذى يوفى بالدين محل الدائن فى جميع حقوقه قبل المدين بما في ذلك تأمينات الدين التى كانت للدائن .

ويمكن للضامن ان يتمسك فى مواجهة المستفيد بسقوط حقه فى الرجوع عليه او تقادمه اعمالا للقانون الصادر فى انجلترا سنة ١٨٧٤ ، والمسمى قانون سقوط الحقوق الصادر بهذا الخصوص ١٩٣٩ ويسقط الحق فى المطالبة بالضمان الثابت بورقة أو بعقد عرفى بمرور ست سنوات من تاريخ قيام حق المستفيد فى مطالبة الضامن اما الضامن المقرر بورقة رسمية

موثقة فلا يسقط الا بمرور ١٢ سنة .

وفى احدى القضايا حكمت المحكمة بأن الضمان الصادر تحت الطلب او عند الطلب يبدأ تاريخ السقوط فيه من تاريخ المطالبة به ، فاذا اعترف الضامن بمسئوليته عند المطالبة او دفع جزء من المبلغ لمضمون فان مدة سقوط الحق تبدأ من هذا التاريخ فاذا كان هناك وفاء جزئى من ألمدين فان السقوط يسرى بالنسبة له (دون الضامن) من تاريخ هذا الوفاء الا اذا اتفق على غير ذلك .

والضامِنْ الذى يُضْطَر لدفع الدين يمكنه إجبار المدين على تعويضه وهو يستطيع مطالبة المدين حتى قبل الدفع للدائن المضمون .

ولا يملك الضامن إجبار المدين على الدفع الا اذا اصبح التزامه حالاً واجب الاداء لمبلغ معين المقدار.

هذه لمحة عن الضمانات العاديه فى القانون الانجليزى والممارسة الفعلية وتنتقل الان الى خطاب الضمان البنكى فى القانون الانجليزى .

ثانيا : خطاب الضمان البنكى فى انجلترا

اوضحنا ان الضمان التقليدى ، فى انجلترا، هو اساسا التزاما ثانيا فيه اثبات خطأ المضمون او تخلفه عن الوفاء ، واما الضمان عند الطلب والذى يعبر عنه (The demand Guarantee) فهو التزام مستقل يمكن المطالبة به بمجرد تقدم المستفيد لصرفه دون ان يُلْزَمْ بتقديم اى اوراق او مستندات ، وكذلك ، قد يكون مشروطا صرفه بتقديم بعض المستندات (The Conditional demand Guarantee) والنوع الأول غير المشروط العبره فى وصفه بذلك هو ماورد فى ورقته من تعبير كأن يقول صكه (ندفع بمجرد الاطلاع ودون التفات الى اى معارضة).

والآمر فيه يوافق منذ البداية على ان مطالبة المستفيد بالدفع هى بذاتها الدليل على قيام الخطأ او التخلف الموجب له بالنسبة للبنك .

ولم تهتم المحاكم الانجليزية كثيرا فى البحث عن طبيعة الضمان بهذه الصياغة الواضحة وانما عنت بدراسة النص الذى ارتضاه الاطراف والزمتهم به ، واخذت بالناحية العمليه، دون ان تنتهج نهج المدرسة اللاتينية التى تسير على اساس التشريع المكتوب والنظرة المشمولية فى ضرورة رد مثل هذه الوسيلة (خطاب الضمان) الى نوعية معينة من العقود والتصرفات .

ومع هذا فقد ذهب بعض الشراح الانجليزية الى ان خطاب الضمان غير المشروط هو نوع من عقود التعويض (The indmnities Contracts) وانه ليس عقد ضمان وذلك تأسيسا على ان هذه العقود لا تستند على ضرورة أثبات الخطأ .. هذا بالرغم من انه موضوعيا يتأسس خطاب الضمان البنكى غير المشروط على افتراض قيام خطأ من الآمر مبررا للصرف وان كان لايلتزم المستفيد باثباته ، ومن ناحية اخرى فعقد التعويض (The indemnity Contract) والذى يعوض الخسارة او التلف لا يقترب فى هذا من خطاب الضمان المشروط الذى لا يدور جوهره حول خسارة او تلف .

والواقع ان خطاب الضمان البنكى غير المشروط لا يمكن رده ، كما اسلفنا ، الى اى نوع من عقود الضمان السابق الاشارة اليها ، فالبنك المصدر يلتزم بدفع مبلغ معين من النقود ولا يلتزم بتعويض أو خسارة، أو تلف ، ولا هو يُلْزَمْ فيه إثبات الخطأ وهو منقطع الصلة بمناسبة صدوره اى العقد الاصلى الذى أفرزه .

وبعض القضاه الانجليز شبهوا خطاب الضمان البنكى بالاعتماد المستندى أو اوراق الدفع.

وعلى اى حال يبقى خطاب الضمان دائما ومهما كان تكييفه مستقلا عن العقد الاصلى والالتزام فيه مباشرة من البنك للمستفيد وشخصى وغير مرتبط بعقد الآمر مع المستفيد ولا يؤثر فى قيامه الا خطأ المستفيد الفاضح على ما أوضحنا.

والبنوك تؤمن نفسها عند اصدار خطاب الضمان خاصة غير المشروط فتلزم العميل فى طلبه وعقده معها بالتزامه بدفع جميع التعويضات الناتجة عن اصدارها لخطاب الضمان بما فى ذلك مصاريف الاجراءات القضائية والخسائر والتعويضات التى يضطر البنك دفعها ونفقات الاصدار ومصاريفه المرتبطة بخطاب الضمان او التى ترد اليه. ولكل بنك فى هذا الخصوص عقده المطبوع الذى يغطيه تماما ، هذا علاوة على الغطاء الذى يطلبه كليا او جزئيا والفوائد على رصيد الغطاء المكشوف وغير ذلك .

وتحترم المحاكم الانجليزية الى أبعد مدى خطاب الضمان البنكى وتعمل مقتضاه ولا تتدخل فى وقف صرفه او الغائه الا فى حالات استثنائية للغاية فهو على حد تعبيرها شريان الدم الذى يغذى التجارة الدولية ..

تراجع الاحكام الاتية فى مؤلف مع Rowe

(١) قضية هاربوت ليتد ضد بنك ناشيونال ويستمنستر سنة ١٩٧٧

(٢) قضية شركة ادوارد أووين الهندسية ضد باركليز بنك سنة ١٩٧٧

(٣) قضية شركة هاو ريشاروسون ضد بنك ناشينال ويستمنستر سنة ١٩٧٨

وسوف نَعود فى الفصل الثامن « الغش فى صرف خطاب الضمان » للحديث عن هذه الأحكام.

القانون الواجب التطبيق

وكل دولة تطبق قواعد تنازع القوانين لديها عند النظر فى القانون الواجب التطبيق فى الحالة المعروضة عليها .

والمحاكم الانجليزية تطبق قاعدة (اعمال القانون المناسب للعقد- - The Proper - Law of the Contract وهو القانون الذى يكون اكثر التصاقا وقربا بالعقد .

وتطبيقا لهذه القاعدة يكون خطاب الضمان الاصلى وخطاب الضمان المقابل محكومين بقانون البلد الذى يتم فيه الوفاء .

وفى حالة ما يكون البنك مجرد مراسل اى وكيل يحكم قانون الوكيل علاقته بالبنك الاصلى الا اذا اتفق على غير ذلك . وغالبا ما يكون البنك المصدر وعميله من بلد واحد لذلك يحكم علاقتهما قانون بلدهما .

والقضاء الانجليزى يطبق أصلا، فى أى نزاع يرفع اليه، القانون الانجليزى الا ، اذ دفع امامه احد المتخاصمون يطلب تطبيق قانون آخر . وليست مشكلة القانون الواجب التطبيق وحدها هى التى تثور فى بعض المنازعات الخاصة بخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية، بل ايضا مشكلة المحكمة المختصة بالنزاع ويهتدى القضاء الانجليزى فى ذلك بالاتى :

(١) مكان إنعقاد العقد

(٢) موطن المتعاقدين

(٣) وجود المدعى عليه فى انجلتزا عند قيام النزاع

(٤) مكان مناقشة شروط العقد .

وتكون المحاكم الانجليزية مختصة اذا عقد العقد فى انجلترا، أو كان موطن المتعاقدين فيها، أو قام النزاع والمدعى عليه مقيم فى انجلترا، أو نوقشت شروط التعاقد فيها .

ومن القضايا الطريفة فى هذا الخصوص قضية شبه جزيرة كسكى فى الساحل الشرقى من جنوب افريقيا التى أعلنتها حكومة جنوب افريقيا سنة ١٩٨١ بلدا مستقلا خاضع لإدارتها بهدف تخصيصها لاقامة السود فيها وشكلت لها حكومة خاصه ، وقامت حكومة كسكى بالتعاقد مع شركة بريطانية لبناء مستشفى ومدرستين ، وقدمت الشركة للحكومة خطاب ضمان بنكى قيمته ٣٧٥٫٠٠٠ دولار لضمان سلامة التنفيذ من خلال بنك انجليزى .

وطالبت حكومة كسكى بقيمة خطاب الضمان ورفعت الشركة الدعوى ضد البنك بوقف

الصرف لان أجل خطاب الضمان كان قد إنتهى وأدخل البنك حكومة كسكى فى الدعوى مؤكدا إنتهاء اجل خطاب الضمان، وقدمت حكومة كسكى دفاعها ورفعت دعوى فرعية اخرى بالتعويض .

وطبقا للقانون الانجليزى لايسمح لحكومة دولة غير معترف بها ان تمثل امامه مدعية او مدعى عليها ، وقالت وزارة الخارجية للمحكمة انها لم تعترف بهذه الدولة او حكومتها كدولة مستقلة ، وانه ليس لديها معلومات أكيدة عن مدى سلطان حكومة كسكى على أرض شبه الجزيرة .

وكان دفاع حكومة كسكى انها على اى حال تنازلت حكومة جنوب افريقيا لها عن سلطاتها في شبه الجزيرة وإنها تحت وصايتها ..

وحكمت المحكمة العليا بعدم جواز رفع الدعوى من او على حكومة كسكى " حكم للمحكمة العليا فى ١٩٨٦/٦/٣ " وإنتهى النزاع برفضه شكلا دون التعرض لموضوع صرف خطاب الضملن من عدمه .

وتأسيسا على وجوب ان يكون خطاب الضمان ثابت بالكتابة وبتوقيع البنك وسنده كاف بذاته، تقوم بعض الصعوبات فى الممارسة الفعلية ذلك اذا كان خطاب الضمان قد صدر بناء عن تعليمات بالتلكس او الفاكس من بنك اجنبى لبنك محلى مقابل خطاب ضمان يصدره الاخير لمستفيد فى بلده ، فان العلاقة بين البنكين تكون مَحْكُومَة بخطاب ضمان وردت شروطه ونصه بتلكس وغير موقعة او بصورة على فاكس .. وغالبا لاتقوم اى مشاكل اذ يندر ان ينكر بنك محترم التزامه ولكن العبرة فى مُكْنَة سماع الدعوى عند رفعها وليس فى يد البنك المراسل خطاب ضمان من البنك الآمر .

ويلزم اذن ان يعزز البنك الآمر خطاب ضمانه للبنك المحلى كتابة وبتوقيعه . وقد يكون من واجب البنك المحلى طلب التعزيز الكتابى من البنك الآمر.

وتبقى مشكلة من اى التاريخين تكون مسئولية البنك الآمر تاريخ التلكس او الفاكس أم تاريخ تعزيز خطاب الضمان المكتوب الموقع وهو سند الدعوى ؟؟ وإذا اختلف نص خطاب الضمان المبلغ بالتلكس أو الفاكس مع ورقته المرسلة من البنك الآمر لتعزيزه بعض الاختلاف فى الشروط الواردة بالتلكس او الفاكس التى صدر خطاب الضمان على اساسها من البنك المحلى للمستفيد فماذا يكون الحكم ؟

نرى أن الالتجاء الى العرف فى التجارة الدولية يسهل حل مثل هذه المنازعات النادرة الحدوث واعتبار التلكس أو الفاكس هو تاريخ بداية العلاقة بين البنكين وكذلك أساس خطاب الضمان ، المكتوب بما ورد فيها من شروط وذلك لان سند الضمان وورقته هى فى الواقع تعزيز واثبات لواقعة تمت فعلا ومجموعة المراسلات تعتبر هى صك خطاب الضمان وسنده.

ايقاف الصرف فى القضاء الانجليزى Pay - First - ARGUE Later

سبق أن أشرنا الى ان القضاء الانجليزى يحترم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية باعتباره شريان هذه التجارة ، ولا يوقف صرفه إلا بشروط صعبة ، ولذلك لا نجد قضايا كثيرة حكم فيها القضاء الانجليزى بوقف الصرف ، والبنوك من جانبها ، خاصة فى انجلترا ، تقاوم بإصرار حفاظا على سمعتها وقف الصرف لالتزامها غير القابل للرجوع فيه الذى إنطوى عليه خطاب الضمان .

ويلتزم البنك بالدفع اذا قدم اليه فى الميعاد طلب صرف خطاب الضمان مستوفى لكل ما ورد فى نصه ولا يوقف الصرف فى ألقانون ألانجليزى إلا غش المستفيد الظاهر والفاضح والبين للبنك .

وهو اذا لم يفعل ربما واجهه عميله الآمر بعدم تعويضه عما دفعه بالرغم من ظهور غش المستفيد .

وعمليا لا يرفض البنك من تلقاء نفسه صرف خطاب ضمان غير مشروط ويقوم العميل

الآمر الذى يشك فى احتمال قيام المستفيد بالصرف غشا الى تنبيه البنك لذلك ومده بالمستندات المؤكد للغش ..

مع هذا قد يرى البنك ان يدفع للمستفيد حفاظا على سمعته فى البلد الاجنبى ، ولكنه فى هذه الحالة يأخذ على مسئوليته مخاطرة عدم إمكانه الرجوع على عميله الآمر بما دفع ..

ويمكن للعميل الآمر ان يلجأ الى المحكمة لطلب وقف الصرف المؤقت فاذا أجيب لطلبه التزم البنك بعدم الصرف الى ان ينتهى النزاع موضوعيا بين الامر والمستفيد .

والمحاكم فى الواقع لا تستجيب لطلب العميل بوقف الصرف الا فى تلك الحالات التى يسمح للبنك تلقائيا بالامتناع عن الصرف للغش الفاضح من المستفيد الثابت بادلة قاطعة وقوية ، وهى نادره جداً.

ويكون الهدف غالبا من وقف الصرف هو منع المستفيد من اخراج المال ، قيمة خطاب الضمان ، من انجلترا الى الخارج حتى الفصل فى الدعوى الموضوعية وكذلك يلزم ان يثبت المدعى الآمر عند طلب وقف الصرف انه يصعب عليه استرداد ما يصرفه المستفيد ، وانه سوف يصيبه ضرر جسيم من الدفع اكثر مما قد يصيب المستفيد من وقف الصرف .

ويعتبر المستفيد مرتكبا للغش الفاضح الموجب لوقف الصرف بحكم اذا زور المستندات او لفقها أو أرتكب غشا جسيما فى التزامه الاصلى ، ولا يُؤْبَه حتى بذلك غالبا فى خطاب الضمان غير المشروط المستحق بمجرد الاطلاع اذ لم يكن المستفيد ملزما عند الصرف بأكثر من تقديم طلب الصرف وتوقيعه بالقبض .

وحتى يتمكن الآمر أو البنك فى بعض الحالات من الحصول على أمر أو حكم بوقف الصرف يلزم اثبات الاتى :

١- أن المستفيد يسلك سلوكا غير شريف بطلب الصرف .

٢- انه ليس هناك اى فرصة للمستفيد طبقا لعقده مع الآمر لاستحقاق اى مبلغ أو تعويض.

٣- انه تحت يد البنك دليل قاطع على عدم أمانة المستفيد فى طلب الصرف .

بعض الاحكام فى طلب وقف التنفيذ

(١) قضية شركة هوبوتل سون وبنك ناشيونال ويست منستر سنة ١٩٧٧ مجموعة لويذر (Lloyds)

اشترت شركة مصرية بعقود ثلاث من شركة إنجليزية بضاعه كان المفروض ان يتم دفع الثمن للشركة الانجليزية عن طريق اعتماد مستندى ، وعند التعاقد حصلت الشركة المصرية على خطاب ضمان بنكى بقيمة قدرها ٥٪ من الصفقة غير مشروط ولكن الشركة المصرية لم تفتح الاعتماد المستندى بدفع الثمن اللازم للتوريد ، فأوقفت الشركة الانجليزية الشحن .

تقدم الجانب المصرى بطلب صرف الضمان من البنك المحلى فى مصر .

رفعت الشركة الانجليزية دعوى بطلب وقف الصرف امام المحكمة فى انجلترا طالبة فيها وقف الصرف لخطاب الضمان الاصلى والمقابل مؤقتا لحين الفصل فى دعوى الموضوع وأسست دعواها على ان الشركة المصرية المشترية تسلك سلوكا غير شريف لانها لم تفتح الاعتماد المستندى وسيلة الدفع الثمن ، وانها ، اى الشركة الانجليزية ، من حقها وقف الشحن حتى يتم فتح الاعتماد المستندى .

وصدر الحكم لها فى غيبة الجانب المصرى بوقف الصرف المؤقت ، ولكن البنك ، حفاظا على سمعته (بنك ناشيونال ويست منستر) أعاد عرض الموضوع على ذات المحكمة طالبا الغاء حكمها بوقف الصرف واستجابت المحكمة لذلك فى غيبة الجانب المصرى المستفيد والبنك المحلى فى كل مراحل النزاع .

وأسست المحكمة قضائها على ان الشركة المدعيه الآمر (المدعى عليها فى طلب البنك) لم تستطيع اثبات غش المستفيد الموجب لوقف الصرف ولم يثبت ايضا ان البنك المصرى الذى قام بالصرف كان متواطأ وليس حسن النية فى صرفه للمستفيد لضمان غير مشروط .

٢- قضية هاو ريتشارد سن وبنك ناشيونال ويست منستر سنة ١٩٧٨ " مجموعة "Lloyds

تعاقدت شركة على بيع ماكينات لشركة بولندية لوكيل حكومي بمبلغ نصف مليون جنيه استرلينى دفع ٥٪ من الثمن مقدما مقابل خطاب ضمان غير مشروط بمبلغ ٢٥٫٠٠٠ جك ، وطالب المشترون بصرف الضمان لأن البائعين لم يوردوا المكينات فى التاريخ المحدد فى التعاقد حتى ١٩٧٧/٣/٣١ ، وحاولت الشركة البائعة وقف طلب الصرف بدعوى ضد البنك فى انجلترا ، ولكن المحكمة الاستئنافية رفضت طلبها مؤسسة قضائها على ان البنك لا علاقة له بالعقد الاصلى وليس من واجبه بحث ذلك وخطاب الضمان غير المشروط يلزم صرفه .

٣- قضية شركة ادوار أوين للهندسة وبنك باركليز سنة ١٩٧٧ (Rowe)

تعاقدت شركة مع ليبيا على توريد وتركيب بيوت زجاجة للزراعة وحصل الجانب الليبى على خطاب ضمان غير مشروط بقيمة قدرها ١٠٪ لضمان التنفيذ من بنك ليبيا مقابل ضمان مقابل من بنك باركليز فى انجلترا .

وكان مشروطا فى العقد ان يتم دفع الثمن بمقتضى إعتماد مستندى ولم يقم الجانب الليبى بفتح الاعتماد فأوقف الجانب الانجليزى التوريد وصرف الجانب الليبى الضمان ، وحصل البائعون على حكم من محكمة الدرجة الاولى بوقف صرف قيمة خطاب الضمان ومنع بنك باركليز من الدفع للبنك الليبى ، وألغى هذا الحكم استئنافيا .

وكان دفاع الشركة الانجليزية انها سوف تضطر للمقضاه فى ليبيا وانه ليس لديها فرصة عادلة هناك ، هذا علاوة على ان سلوك المستورد الليبى يتسم بعدم الشرف لانه لم يفتح الاعتماد المستندى اللازم لدفع الثمن ورأت المحكمة الاستئنافية ان هذا لا يقوم مبررا لوقف الصرف إذ يلزم ان يكون هناك غشاً واضحاً من المستفيد ، وليس ما تَقَدَّمَتْ به الشركة كاف فى هذا الخصوص وان وقف الصرف سوف يضر البنك الليبى الذى لم يثبت تواطئه مع المستفيد .

٤- قضية الشركة المتحدة وآخرين ضد البنك العربى وآخرين ٨٤/٧/٣٠ الفيناشيل تايم "The Financial Times"

اثناء الحرب العراقية الايرانية ، اتفقت شركة على توريد أغذية لمؤسسة عراقية ، واخذ الجانب العراقى خطاب ضمان من بنك الرافدين مقابل خطاب ضمان صادر له من بنك البائعين ، وصرف الجانب العراقى خطاب الضمان غير المشروط من بنك الرافدين ، واعتبر البائعون ان هذا الصرف تم غشا بسوء نية وعلى غير مقتضى الشرف ورفعوا دعوى طالبوا فيها بوقف صرف الضمان المقابل من البنك الانجليزى .

ورفضت المحكمة طلب وقف الصرف وقالت انه بالرغم من ان الصرف يمكن ان يكون قد تم بأسلوب غير أمين إلا أن ذلك وحده غير كاف لوقف الصرف خاصة وبنك الرافدين الذى صرف الضمان غير المشروط قد لا يعوض وهو حسن النية فى الصرف ، اذا لم تعترف المحاكم العراقية بحكم وقف الصرف الصادر من انجلترا .

٥ - حكم مؤسسة التجارة الهندسية الصادر من محكمة الاستئناف فى ١٩٨١/٧/١٧ بخصوص صفقة سكر والمنشور فى التايم فى ١٩٨١/٧/٢٢ "The Financial Times"

فى يوليو سنة ١٩٨٠ باعت مؤسسة التجارة الهندسية بالهند ٢٠٠٫٠٠٠ طن سكر تسليم لفترة من يناير الى يونيو سنة ١٩٨١ بواقع ٥٠٫٠٠٠ طن حد أعلى شهريا للتوريد .

وتضمن العقد شرطا حول وجوب مد التوريد ثلاثون يوما اضافية اذا ما تعذر ربط المراكب و تدخلت الحكومة فى تعويق التصدير .

وأخذ المشترون خطاب ضمان بنكى غير مشروط وغير قابل للرجوع يه بمبلغ ٣٫١٦٥٫٢٥٠ جك صادر من البنك المركزى الهندى .

وفى ١٩٨١/٢/٢١ أوْقَفَتْ الحكومة الهندية تصدير السكر وقبل ان يتقدم المشترون بطلب صرف الضمان لجأ البائعون الهنود الى المحاكم الانجليزية مطالبين بوقف الصرف والزام المشترون بذلك.

وصدر الامر أولا بوقف الصرف ثم ...الغى وإستـأنف الجانب الهندى حكم الالغاء ولكن المحكمة رفضت هذا الاستئناف ، وكان دفاع البائعين ان المشترين ليس لديهم الحق فى طلب صرف الضمان طبقا للعقد الاصلى الا بناء عن اسباب مقبولة وعادلة ، ورفضت المحكمة هذا القول وقالت انه يتعارض مع مهمة خطاب الضمان فى التجارة الدولية بانه ليس هناك وسيلة لوقف الصرف فى خطاب الضمان غير المشروط الا ان يكون المستفيد غير أمين ومرتكبا غشل يفسد طلب الصرف .

وهكذا نرى ان المحاكم الانجليزية تتشدد فى القضاء بوقف الصرف وهى غالبا لا توقف صرف خطاب الضمان المقابل الا اذا كان البنك الاجنبى مشتركا فى الغش مع المستفيد ، ولا تكتفى فى هذه الحالة بغش المستفيد وحدة والسبيل الوحيد للتغلب على ذلك هو ادخال البنك الاجنبى فى الدعوى اذا قبلت المحكمة ذلك وقبل ان يكون قد صرف للمستفيد، او مقاضاة البنكين معافى وقت واحد كل فى بلده طبقا للاختصاص .

وكثيرا ما تكون صياغة الضمان غامضة لا تُنْبِى عما اذا كان الضمان تحت الطلب أو ضمانا عاديا، البنك ملتزما فيه بعد المدين ويُرَدْ التزامه الى العقد الاصلى ، وتقيم المحاكم فى انجلترا اعتبارا لصياغة الضمان ودلالة ألفاظه.

المبادئ السائدة فى انجلترا فى طلب وقف التنفيذ

ليس من شك بأن قمة إحترام خطاب الضمان البنكى فى انجلترا والالتزام بصرفه لتأمين التجارة الدولية، باعتباره نظاما خاصه ليس من اللازم ألبحث عن اى جذور له فى اى نظرية فقهية فهو قائم بذاته، وبسنده، وبطبيعته المميزة، وباعتباره خدمة بنكية لازمة للتجارة الدولية تُرَدْ الى نصه وهو منفصل عن العقد الاصلى وعقد الآمر مع البنك ويمثل التزاماً مباشراً على البنك شخص للمستفيد .

ولعل ذلك يتضح بجلاء فى الحكم المشهور الصادر ١٩٧٨ في قضية بين بنك باركليز وعميله ضد مستفيد ليبى صدر له خطاب ضمان غير مشروط وفاء للدفعة المقدمة منه للشركة عميلة البنك ولكنه تسلم خطاب الضمان قبل دفع الدفعة المقدمة ثم طلب صرفه من البنك المحلى الذى اصدر له الضمان مقابل ضمان بنك باركليز المقابل .. وامتنع بنك باركليز عن الدفع ولكن القضاء الانجليزى ألزمه بالدفع وإحترام خطاب الضمان الصادر منه، ولعميله الرجوع طبقا لعقده على المستفيد .

ولذلك نبهنا إلى التحوط لتلك الحالات وربط سريان خطاب الضمان بنصه على دفع الدفعة المقدمة أولا ويلزم القضاء الانجليزى والقانون ألعام النابع من احكام المحاكم ، البنوك باحترام خطابات الضمانات البنكية غير المشروطة خاصة والمشروطة والتى استوفت شكل استحقاقها طبقا للنصوص الواردة بها بالصرف فورا مهما كانت علاقة الآمر بالمستفيد ويصعب فى القضاء الانجليزى صدور الأمر بوقف الصرف أو الحكم بذلك مؤقتا اللهم الا فى حالة الغش او التزوير الفاضح المكشوف من المستفيد والبنك الذى علم به او تواطأ فيه.

واتجاه القضاء الانجليزى يستهدف إعفاء البنك من اى مسئولية فى الدفع، طالما انه راقب استيفاء شروطه الصرف الشكلية الظاهرة دون اى مساءلة له عن صحة موضوعية الصرف خاصة فى خطاب الضمان المستحق عند الاطلاع ، ويكون دائما للعميل الرجوع على المستفيد سئ النية او الذى أساء استعمال حقه المقرر فى الصرف.

وذلك على خلاف السائد فى فرنسا والمانيا ، ولا يرفض البنك بمبادرة منه الصرف للمستفيد الا اذا زوده الآمر بالادلة القاطعة عن غش المستفيد الذى يوشك على طلب الصرف ، ومع هذا يكون للبنك فى سبيل احترام تعهده ان يصرف للمستفيد دون مسئولية عليه . وعلى العميل الآمر الرجوع هو على المستفيد طبقا لعقده معه خاصة اذا كان المستفيد فى بلد اجنبى، ويرى البنك ضرورة الاحتفاظ بسمعته واحترامه لتعهده فيها، وهو فى ذلك قد يخاطر بحقه فى الرجوع على العميل اذا ما حكم القضاء للأخير بأنه كان على البنك عدم الصرف.

ولكن اذا حصل العميل الآمر على وقف الصرف وكان البنك مختصم فيه إلتزم بعدم الصرف طبقا للأمر او الحكم المؤقت حتى يتم الفصل فى النزاع بين الآمر والمستفيد موضوعيا. والمحاكم تتشدد جدا فى اعطاء الأمر بايقاف الصرف اذا كان هناك اى شك فى غش المستفيد ويكون المستهدف منع المستفيد من تحويل قيمة خطاب الضمان للخارج مع تعذر ضمان استرداده اذا قضى ضده موضوعيا ، ويلزم ان يكون الضرر الذى سوف يلحق بالآمر يَصْعُبْ تداركه كأن بفقد السيولة النقدية اذا ما تم صرف قيمة الضمان وان المستفيد لن يلحقه مثل هذا القدر من الضرر.

وغش المستفيد قد يكون فى تزوير المستندات والاوراق اللازمة للصرف طبقا لنص خطاب الضمان الا فى حالة الخطاب غير المشروط والذى يؤخذ فيه اقرار المستفيد أساسا للصرف ويلزم ان يكون الآمر غير مساهم فى الخطأ مع المستفيد للحصول على امر ايقاف الصرف المؤقت ، وعامة يَلْزَم اثبات عدم أمانة المستفيد المقطوع بها وإنعدام اى اساس له فى طلب الصرف بيبقين البنك فى ذلك .

وقد يَطْلبُ ألبنك ذاته الغاء أمر ايقاف الصرف الصادر ضده بناء عن طلب عميله حفاظا على سمعته كما حدث في قضية بنك ناشيونال وست منستر بالنسبة لآمر اصداره عميله ضد مستفيد مصرى لانه ، أى الآمر اوقف العملية التجارية لان المشترى المصرى لم يفتح الاعتماد المستندى للصفقة فى الميعاد .

وحكمت المحكمة العليا بالغاء الامر المؤقت بوقف الصرف للجانب المصرى . والحكم سبق الاشاره اليه .

وحتى الظروف الطارئة لا تؤدى بالضرورة امام القضاء الانجليزى فى وقف صرف خطاب الضمان البنكى طبقا لشروطه .. واوضح مثال على ذلك قضية مؤسسة التجارة ألهندية، التى قدمت خطاب ضمان لتنفيذ تصدير صفقة سكر (٢٠٠ر٠٠٠ طن) الى مشترى فى انجلترا ولكن الحكومة الهندية منعت تصدير السكر من الهند وقالت الشركة الهندية انها فى مواجهة

ظروف طارئة خارجة عن ارادتها فى عدم الوفاء بالتزامها فى التصدير . والحكم سبقت الاشاره اليه

ولا يمتنع البنك الانجليزى عن دفع الضمان المقابل للبنك الاجنبى الا اذا كان لديه الدليل القاطع على تواطؤ الآمر مع المستفيد ، وغالبا ما يمثل البنك الاجنبى فى دعوى طلب وقف الصرف المؤقت اذ لم يكن الصرف قد تم منه وكان الاختصاص يسمح باختصاصه امام القضاء الانجليزى او ان يتخذ اجراء ضد كل بنك فى بلده .

Mareva Injunetiom

مبــــدأ ميروفـــــــــا

ميروفا اسم مركب صدر الحكم فى قضية متعلقه بها وأصبح بعد ذلك قانونا عاما ، ومقتضاه أنه إذا كان من الصعب وقف الصرف إلا انه يمكن منع المستفيد من تحويل قيمة خطاب الضمان للخارج بعد الصرف حتى يتم الفصل فى الموضوع ، ومبدأ ميروفا الذى يعتبر مبدأ قانونى عام نص عليه فى الفصل رقم ٣٧ من قانون المحكمه العليا الصادر لسنة ١٩٨١.

وهذا المبدأ لا يمنع البنك من الدفع ولكن قد تُقَرِرْ المحكمة عدم تمكين المستفيد بعد الدفع له من تحويل واخراج قيمة الضمان المنصرف من انجلترا حتى الفصل فى الدعوى الموضوعية ، وذلك يستلزم اثبات ان تحويل القيمة يعرض الآمر لمخاطر لايمكن تداركها .

ويلزم ان نوضح ان هذا المبدأ لا يطبق إلا فى حالة الضمان المقابل لان البنك الانجليزى سوف يحول القيمة للبنك الاجنبى بناء على وفاء الاخير للمستفيد المحلى ، ولكن اذا كان الضمان مباشر والمستفيد فى انجلترا فلا سبيل لتطبيق هذا المبدأ لانه ليس هناك اموال سوف تحول للخارج ويشترط أن يُدَلِّلْ المدعى على الآتى : -

١ – ان القضية الموضوعية محتملة ألكسب.

٢ – ان هناك مخاطرة جدية اذا ما حولت قيمة الضمان للخارج.

٣ – ان المستفيد اذا صرف، فانه سوف يعجز اذا ما حكم ضده عن رد ما قبضه لاسباب وجيهة.

وذلك الى جوار شروط عديدة أخرى تعوق غالباً اعمال مقتضى هذا القانون.

والواقع ان فرص إعمال هذا المبدأ محدودة للغاية.

خطاب الضمان البنكي

فى تشيكوسلوفاكيا

و إتخذنا من تشيكوسلوفاكيا مثلا لدولة الكتلة الشرقية التى تأخذ بنظام السوق المغلقة ، اما الان وبعد خروج هذه الكتلة عن النظام واستقلال دولها الاتحادية فينتظر تغيير النظم التى كانت سائده بعد انحصار النظام الشيوعى واستقلال النظم المختلفة فى البلاد التى كانت تدور فى فلك الاتحاد السوفيتى المنتهى وخاصة تشيكوسلوفاكيا .

ويحكم خطاب الضمان فى تشيكوسلوفاكيا حتى سنة ١٩٩٢ القوانين الاتية :

(١) القانون ١٠١ لسنة ١٩٦٢ الصادر فى ١٩٦٣/١٢/٤ المواد من ٦٦٥ الى ٦٧٥.

(٢) القانون ١٤٣ لسنة ١٩٧٠ الصادر فى ١٩٧٠/١٢/٢٢ وهو خاص بالقواعد التنفيذية والجهات المناطلة بها تطبيقها وهى وزارة المالية والتجارة الخارجية الاتحاديتين " وقد انتهى الاتحاد الان ."

(٣) القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٠ الصادر فى ١٩٧٠/١٢/٢١ واهم ما تضمنه القانون هو محاولة الحد من حرية الاشخاص طبيعية كانت أو معنوية فى طلب اصدار خطابات الضمان . اذ يلزم موافقة رقابة النقد اساسا ، وقد يقوم البنك المركزى أو بنك الدولة مقام رقابة النقد فى بعض الحالات .

والقاعدة انه محذور دفع اى مبالغ من المال فى الخارج لحساب شخص طبيعي او معنوى غير مقيم إلا باذن من رقابة النقد ، أو فى بعض الحالات من البنك المركزى ويسرى ذلك على خطابات الضمان مشروطة كانت أو غير مشروطة بالنسبة للمعاملات الدولية .

وفى عمليات الاستيراد وما قد يُطْلَبْ بمناسبتها من خطابات الضمان من الموردين الاجانب يقوم بنك الدولة مباشرة بالسماح بها من خلال جهاز الرقابة على النقد الداخلى فى البنك .

وهناك تعليمات عامة لرقابة النقد تحدد ألاحوال التى يمكن فيها طلب خطابات ضمان بنكية دولية كخطابات الضمان المطلوبة لتغطية الدفعة المقدمة، او لضمان حسن التنفيذ فى عقود المقاولات ..

وهذا النظام جارى تغييره وتعديل القانون بحيث يسمح للجهات والافراد التى يمكنها ان تدبر غطاء كامل لخطاب الضمان الخارجى بالعملة الاجنبية من مصادرها الذاتية بحرية اكثر فى طلب اصدار خطابات الضمان .

والآن وبعد انهيار الاتحاد أصبحت هذه النظم من المحتمل تغييرها فى البلاد المختلفة التى خرجت من الاتحاد السيفيتى .

خطاب الضمان البنكي

فى امريكا

The Stand-by Letter of Credit

الضمان في القانون الامريكى هو التزام ثانى يُرَدْ أساسا إلى العقد الأصلى بين الضامن والمضمون، وللضامن فيه كافه الدفوع والدفاع المقَرَرَه فى هذا العقد للمدين المضمون وليس للبنوك فى امريكا حقا قانونيا فى اصدار خطابا الضمان البنكية إعمالا لقانون الولاية والقانون الفدرالى على السواء . وللتحايل على هذا إبتدعت البنوك فى النشاط المحلى والدولى ما يسمى الاعتماد بالضمان †The Stand-by Letter of Creditوهو اعتماد مستندى يفتحه ألبنك للمستفيد ليصرفه دون قيد أو شرط بمجرد طلب المستفيد الصرف وبتوقيعه أو بتقديم ايصال باستلام المبلغ. والملتزم فيه البنك وقد يشترط عند الصرف تقديم سند معين وهو فى الواقع خطاب ضمان بكل مُقَوّمَاتِه ولكن باسم خطاب اعتماد مستندى ، وهذا الالتزام البنكى يقوم عاده فى العمليات التجارية لضمان عميل البنك طالب الاعتماد فى مواجهة المستفيد ، وخطاب الاعتماد بالضمان ، هو صوره من صور خطابات الاعتماد المستندية المستعمله فى التجاره المحلية والدوليه كوسيلة لوفاء المشترى بالثمن والتى لها صياغة نموذجية صادره عن الـ U C P وكذلك U C C .

وهى معمول بها فى الولايات المتحدة ودوليا و تُعَدُ وسيله فعّال للضمان غير المشروط الذى يكون فيه البنك مسئولا مسئولية مباشره وصرف الاعتماد يتم غالبا بمجرد الاطلاع وتقديم ايصال من المستفيد باستلام المبلغ المحدد فى الاعتماد وإن كان مشروطا شأنه شأن خطاب الضمان يلزم تقديم السند أو الورقة المنصوص عنها فيه ومدته محدده فى نص الاعتماد المستندى المفتوح به .

ويُنَصْ فى خطاب الاعتماد المستندى بالضمان أنه نهائى غير قابل للرجوع فيه من الآمر ومُعزز من البنك بمسئوليته عن صرفه مباشره ، وغير قابل للتعديل . وهو بهذا الوصف يكون مثل خطاب الضمان تماما غير المشروط أو المشروط طبقا لنصه وسندات ضمان التنفيذ الذى تقدمها البنوك فى أمريكا كوسيلة للضمان .

سندات ضمان التنفيذ

تختلف عن الاعتماد المستندى بالضمان فى كونها تمثل إلتزام بالدفع وليس دفعا لمبلغ معين وطبيعى أن يكون هذا الالتزام مرهون الاستحقاق بالشروط الوارده به وتحقق الوقائع المشار اليها فيه وأخصها إثبات عدم وفاء المدين الأصلى بما تعهد به أو إخلاله بتعاقده ويكون من حق الضامن أن يقوم نيابة عن الدائن بالتنفيذ أو الدفع وتستعمل هذه الوسيله أحيانا خاصةً فى عقود المقاولات وتعد فى التجاره الدولية وسيلة ضمان بالتزام مباشر من البنك بدفع مبلغ من النقود قريبة الى خطاب الضمان ، أو على حَدْه تعبير القانون الإنجليزى فهى عقد تعويض Indemnity رسمى Under Seal بمقتضاه يلتزم شخص مع آخر بدفع مبلغ من المال معين إما فورا أو بعد أجل معين وسندات الضمان بالتنفيذ سواء أكانت مشروطه أو غير مشروطه تصدرها أيضاً البنوك الأنجليزية وبنوك أخرى، فى التجارة الدولية باعتبارها ضمانات بنكيه ، وهى تستعمل فى امريكا محليا ودوليا لتغطية مخاطر مختلفة فى التجاره.

والسند بضمان التنفيذ The Proformance Bond وكذلك السند بالضمان الابتدائى أو بالتأمين The Bid Bond وأيضا سند إعاده الدفع أو الوفاء أو الخصم The Repayment bonds جميعها تنطوى على التزام من شخصى ثالث بتعويض المستفيد منها من أى خساره محتمله نتيجة لخطأ أو تخلف المضمون طبقا لعقده مع المستفيد .

والسند The Bond ليس مجرد وعد بالوفاء بقيمته فقط ولكنه أيضا التزام الضامن بالقيام بالعمل الذى تخلف عند تنفيذ المدين المضمون بنفسه أو بواسطه شخص آخر ويدفع هو اى الضامن اى مصاريف أو تكلفة لذلك والمبلغ المذكور فيه يحدد سقف التزامه .

وفى العلاقات الدولية تستعمل سندات ضمان التنفيذ وتقدم أيضا باسلوب يجعلها قريبه جدا من الضمانات البنكية ، **ولعل الفارق الجوهرى بينهما هو ان سند ضمان التنفيذ هو التزام باتمام العمل اكثر منه التزاما بدفع المبلغ المحدد به.** وعادة يكون هذا الالتزام مشروط للمطالبه به تقديم أدله معينه ، ويكون للضامن فيه إما ان يختار اتمام تنفيذ الالتزام المضمون أو بدفع المبلغ من المال المناسب للتكلفة الفعلية.

وهذا النوع من الضمانات يستعمل غالبا فى عقود المقاولات أو التوريدات ولكنه قلّما يستعمل فى ضمانات التصدير وسند ضمان التنفيذ يعد التزاما ثانيا أو أنه ضمان بنكى يخضع للقواعد العادية للضمان الكلاسيكى .

وهذا على أى حال سوف يأتى ذكره ، إن شاء الله فى الكتاب الثانى الذى نتناول فيه الضمانات البنكية الأخرى بخلاف خطاب الضمان البنكى ، موضوع هذا الكتاب، وكذلك نشير إلى شركات التمويل والضمان ، وهى ليست بنوك ولكنها تقوم ببعض أعمال البنوك ومنها اصدار كافة انواع الضمانات البنكية بما فى ذلك خطاب الضمان البنكى ، وهذه الشركات منتشره خاصة فى امريكا وإنجلترا وأغلب بلاد أوربا ، ونشير اليها فى الكتاب الثانى.

الاعتماد المستندى بالضمان

The Stand-by Letter of Credit

ونعود مرة أخرى الى الاعتماد بالضمان لنقول أنه هو بذاته خطاب الضمان البنكى او هو الوسلية الامريكية البديلة عنه لأن القانون الامريكى المنظم للبنك المركزى والصادر فى ١٨٨٤/٦/٣ يَحدْ من نشاط البنوك فى اصدار خطابات الضمان تأسيسا على المبدأ القائل :

" أنه ليس من أغراض البنوك ضمان ديون الآخرين "

وهذا المبدأ معمول به فى انجلترا أيضا فعمليات الضمان المباشر تدخل فى نشاط شركات

التأمين وشركات الضمان والتمويل لذلك لجأت البنوك الى وسائل اخرى لتوفير ضمانات بنكية لنشاط عملائها مثل الكمبيالات مقبوله الدفع او خطاب الاعتماد المستندى أو سندات ضمان التنفيذ السابق الاشارة اليها .

وفى البداية أنكرت المحاكم على ألبنوك فى امريكا حقها فى ذلك واعتبرته تحاليل على القانون وحكمت ببطلان مثل هذه الضمانات. واستقر بعد ذلك خطاب الاعتماد بالضمان كوسيلة بنكية معترف بها دوليا وقضائيا كضمان بنكى دون التضحية بالمبدأ القائل أنه ليس من أعمال البنوك ضمان ديون الآخرين،

ذلك لأن البنوك لا تقحم نفسها على العمليات التجارية أو تأخذ فيها أى دور أو تشارك فيها من قريب أو بعيد ، فالبنوك عند اصدار خطاب الاعتماد بالضمان تقصر التزامها على دفع مبلغ معين لشخص معين فى علاقة مباشرة .

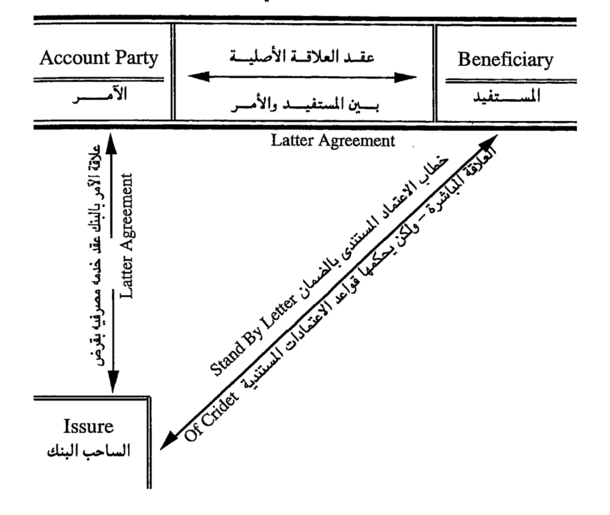
وينظم قانون التجارة الامريكي Uniform-Commerical Code فى المواد من ٥/١٠١ إلى ٥/١١٧ الاعتمادات المستندية والاعتماد المستندى بالضمان لايخرج عن الاحكام الواردة فى هذه المواد ، لأنه يمكن لفَاتِحْ الاعتماد المستندى أن يسمح بصرفه دون قيد او شرط الا مجرد تقديم إيصال بقبض البلغ أو أن يكون كل المطلوب من المستفيد هو تقديم إقرار بأن الآمر لم يوفى بالتزامه واصبح الإعتماد المستندى بالضمان هو بذاته خطاب الضمان البنكى بمسمى آخر، وإِنْتَشَرَ إستعماله خارج امريكا وكندا وبلاد امريكا اللاتينية والشرق الاقصى وأوربا ، على ما اسلفناه ، وأشارت إليه القواعد الموحده الصادره سنة ١٩٩٣ عن U.C.P Uniform Customs and Practice For Documentary-Creditونشير هنا الى أن المانيا تعرف نوعا من الضمانات تصدر عن شخص ثالث ليس طرفا فى العلاقة التجارية الأصلية يلتزم فيه بتعويض نسبة من الخسائر المشروع لاتتجاوز سّقْفاً معينا ، أو يلتزم فى الضمان بتحقيق نتيجة أو أن يكون الضمان منصب على عدم حدوث أثر معين وهناك ضمانات الحكومة للمستثمر بتعويضه فى حدود نسبة معينة من الخسائر وهناك شبه بين هذه

الضمانات وخطاب الإعتماد المستندى بالضمان أو خطابات الضمان البنكية ، ومثل خطّاب الضمان البنكى ، يلجأ العميل في امريكا الى بنكه طالبا اصدار خطاب اعتماد مستندى بالضمان مشروط أو غير مشروط لمستفيد محلى أو أجنبى الذى غالبا ما يطلب اعتماد بالضمان من بنكه المحلى يكون فيه هذا البنك مدين مباشر للمستفيد وليس مجرد مراسل، وهذا مثل خطاب الضمان البنكى تماما ويغطى جميع الحالات التى يغطيها الأخير ويلزم أن نلاحظ إختلاف جوهر العلاقة القانونية بين البنك وعميله فى خطاب الاعتماد المستندى بالضمان ، عنها فى خطاب الضمان البنكى فالقانون ينظم العلاقة بين البنك والعميل بخصوص الاعتماد المستندى عموما وكذلك الاعتماد المستندى بالضمان إلا أن كلاهما عقد خدمة مصرفية .

العلاقات الثلاثية فى الإعتماد

المستندى بالضمان

Stand by Letter of Cridet



وهذا الجدول يوضح الخلافات الجوهرية بين الإعتماد المستندى بالضمان وخطاب الضمان البنكى وكلاهما التزام مباشر من البنك لمستفيد معين ونهائي بالنسبة للبنك وفيه كل سمات خطاب الضمان البنكى .

خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية فى الصين

قانون (لى LI وفا F.A)

تتأثر صياغة القوانين وتحديد أهدافها بحضارة أى بلد وجذوره الفكرية والفلسفية ، وكما أثر الفكر الرومانى فى القوانين الاوربية ، كذلك فى الصين ، تأثرت بفلسفاتها القديمة .

ومفهوم العدالة فى هذه الحضارة، هو تخلف التناغم والتعادل اى قانون (الـ Li) فحدوث خلاف بين شخصين معناه خروج احدهما او كلاهما عن قانون (الـ Li) وهذا امر مشين؛ يلزمهما بالجلوس معا لانهاء ذلك ، والعودة للتناغم والتوافق مع قانون (الـ Li) وفيه معنى السبب ، وقد يلجأون لحكيم له احترامه ونفوذه الادبى ولكنه ليس قاضيا محترفا أو ، داخل فى اى نظام قضائى .. وهذا الحكيم يشير عليهم بما يلزم ان يقوما به احدهما او كلاهما لعودة التناغم وسيادة القانون (الـ Li) على علاقاتهم ورفع الحرج الاجتماعى الذى أوجدهما فيه الخروج عن هذا القانون ، لان هذا الخروج عن قانون (الـ Li) هو سلوك مخل بالشرف والمنزلة بين الناس .

والتجاء اى شخص الى المحكمة بسبب ذلك قد يؤدى الى عقابه ، هذا علاوة على فقده لإحترام ذاته واحترام الاخرين له باعتباره خارج عن قانون (الـ Li) الطبيعى .

ويقابل قانون(الـ Li) قانون آخر (الفا Fa) وقد يعد قانونا للعقوبات ، والمؤسسة التى كان مَنُطٌ بها تطبيق واعمال مقتضى قانون (الفا Fa) كانت تسمى (Yamen) وهى ليست محكمة ، فَمُهِتِهَا أصلا ، تعليم الآدب وألفن وألشعر وجمع الضرائب ، وبعض المهام الاجتماعية الاخرى ومنها تطبيق قانون (الفا Fa) وكان يُلْجَأ اليها ليس فقط فى المسائل الجنائية ولكن ايضا فى الخلافات المدنية اذا لم تحسم من خلال الطرفين او عن طريق مشورة حكيم ، ذلك انه سواء أكان الخلاف مدنى أو جنائى ، فهو ، اخلال بقانون (الفا Fa) مستوجب العقاب .

وهذا ألنظام فى فلسفة كونفشيوس يؤدى الى موت الضمير ، وتمزيق العلاقات الاجتماعية والاسرية والصداقات ، ولذلك ، لم يكن من المستحب الالتجاء الى (اليامن Yamen) واعمال قانون (الفا Fa) .

ومن جهة اخرى فإعمال مقتضى اى قانون انما هو تطبيق لاحكام هذا القانون ، وليس تحقيقا للعدالة ، وهناك مسافة واسعة بين تطبيق احكام القانون وارساء العدالة وفكرة العدالة ذاتها فى فلسفة الصين ليس لها ذات مَفْهُومِهَا فى الفلسفات والحضارات الاخرى بل هى غير ذات مدلول، فليس ثمة من عدالة فى نسيج هذا الوجود ، وانما هناك تناغم وسبب اى (لى Li)، واستمرار هذا التناغم والانسجام فى العلاقات بل فى الحياة هو المطلوب وليست العدالة . ولعل هذه الفلسفة هى التى افرزت العلاج المعروف (بالابر الصينية) التى تحفز الجسم الى إعادة التناغم بين اعضائه وخلاياه اى اعمال بمقتضى قانون (لى Li)على الطبيعة البشرية .

وواضح من هذه الفلسفة ان المحاكم والقضاء ليس لها مجال حيوى فى نسيج المجتمع الصينى القديم .

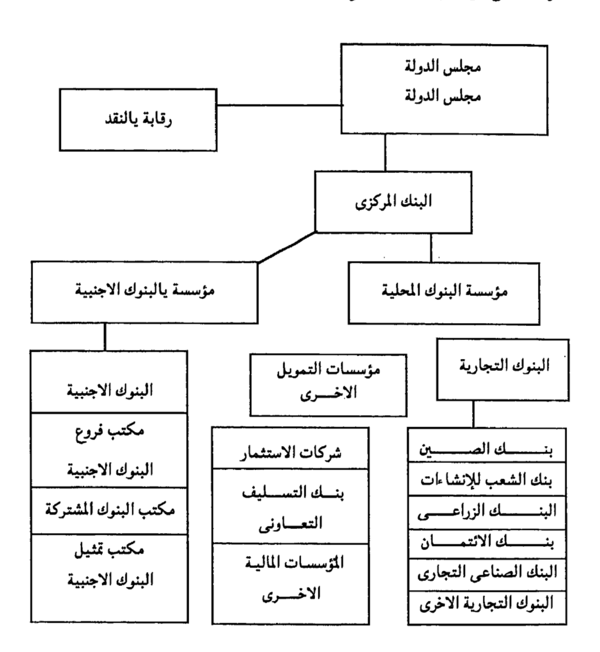
ولكن هذه الحضارة أخذت من الحضارة المعاصرة قوانينها خاصة بعد الثورة الشيوعية ، وبدأت تتخلى، دون أن تقطع الحبل ألسُرى، عن فلسفتها القديمة خاصة فى النظام القضائى والقانون وبدأت التقنين بعد الثورة الشيوعية يستهدف تحطيم النظام الرأسمالى ، فكما اتخذت الرأسمالية القانون وسيليتها لاخضاع الطبقات العاملة ، أتخذته الثورة الشيوعية وسيلتها لاعمال مبدأ دكتاتورية البروتارية .. ثم هدمت الثورة قوانينها فى عهد ماوتسى تونج ، بما يسمى بالثورة الثقافية ، التى قام بها شباب الحزب الشيوعى بموافقة ماوتس تونج واخذت الامور بيدها ، لان ، القانون ليس له جذور فى الفكر الصينى بمفهومه فى البلاد الاخرى .

ثم إستعاد القانون عافيته ونفوذه بعد موت ماوتسى تونج ، وأدخلت بعض الاصلاحات الديمقراطية وقامت محاولات لتشكيل المجتمع الصينى بالاسلوب المعاصر السائد فصدر دستور سنة ١٩٨٢ وقانون الزواج سنة ١٩٨٠ وقانون العقود الاقتصادية سنة ١٩٨١ ، وقانون قوانين الاستثمار٢٧٥العقود الاجنبية سنة ١٩٨٥ ، ومجموعة القانون المدنى سنة ١٩٨٦ وقوانين الاستثمار والبنوك : – وهكذا بدأت الصين الحديثة فى الثمانينات من هذا القرن تأخذ

بالتشريع والتقنين .

قانـــون البنـــوك

ويقسم القانون البنوك الى البنوك الدولية والبنوك المحلية . والدولة ممثلة فى مجلس الدوله المشرف الأعلى عليها طبقا للجدول الاتى :



وبدأ دخول البنوك الاجنبية الصين في السبعينات ووصلت الى مائة بنك ومؤسسة مالية في الثمانينات علاوة على ١٧٦ مكتب تمثيل .

والمؤسسات المالية والبنوك وكذلك البنوك الصينية أخذت فى ممارسة التجارية الدولية وفقا للنظم السائدة والمتعارف دوليا خاصة بالنسبة للاعتمادات المستندية وخطابات الضمان البنكية

والبنوك الاجنبية او فروعها المسموح لها بالتعامل فى الصين والمتواجدة داخل الصين أو في الخارج ، وكذلك المؤسسات المالية الاخرى، تتعاطى عمليات ألقروض ، والايداعات النقدية والتصدير والاستيراد والاعتمادات المستندية وخصم المستندات وعمليات الاستثمار والضمان والتأمين والاستشارات البنكية وتتعامل فى سوق الصرف وغير هذه النشاطات .

وكل ذلك تحت اشراف البنك المركزى .

قوانين ضمان القروض

والبنوك الاجنبية التى تمول المشاريع الكبيرة فى ألصين يهمها ضمان سداد ديونها من مؤسسة صينية لديها القدرة على ذلك ، ومتاح لها النقد الاجنبى اللازم لدفع مستحقاتها ، فهى تخشى عدم القدرة على الوفاء بقروضها او تسهيلاتها وقد لا تكفى اموال العميل اذا ما أضطرت الحصول على دينها جبرا بحكم قضائى او بالتحكيم .

ولعل البنوك الاجنبية التى اسست فى الصين او تلك التى لها فروع تنشط مباشرة فى سوقها ، لاتشعر بذات القدر من المخاطر باعتبارها قادرة على توفير قدر اكبر لحماية معاملاتها .

ودخول طرف ثالث ضامناً فى عمليات القروض او ضامناً لالتزامات احد الطرفين فى العقود التجارية خاصة الكبيرة منها والدولية ، أمر لازم ، خاصة فى عقود بيع التكنولوجيا .

وقد تتصدى لمثل هذه الضمانات مؤسسات أو بنوك للتقليل من مخاطر النشاط التجارى

الدولي بالنسبة للدائن الاجنبي .

وقد نّظّمت الدولة عمليات ضمان المدفوعات الاجنبية فى الصين . وتقوم ادارة الرقابة على النقد بتحديد مجموعة من مؤسسات التمويل والبنوك الاجنبية أو فروعها، والمحلية، تسمح لها بتقديم ضمانات المدفوعات ، او المستحقات الاجنبية، وحتى سنة ١٩٨٧ كان هناك ٥٣ مؤسسة صينية وشركات استثمار وكذلك اربعون بنك محلي و واحد وعشرون بنك اجنبي لها جميعها حق اعطاء هذه الضمانات .

ولم يكن واضحا متى يكون الضمان الصادر عنها صحيحا او باطلا ، وكذلك لم يكن واضحا الى اى حد يمكن ان تذهب هذه المؤسسات فى ضمان القروض والالتزامات ، وايضا لم يكن معروفا قواعد اختيارها .

وفى ١٩٨٧/٢/٢٠ اصدر البنك المركزى الصينى تعليمات وقواعد تنظيم عملية اصدار الضمانات وأعطت رقابة النقد حق الاشراف على الضمانات ، فأقرت التراخيص السابق منحها للبنوك والمؤسسات المالية والشركات بمزاولة نشاط ضمانات القروض الاجنبية .

ولكنها حددت حجم الضمانات التى تصدرها كل مؤسسة او بنك بشرط ألا تتجاوز ٢٠٪ من حجم الديون المستحقة لها فى الخارج .

وهذا التحديد لا يسرى علي البنوك الاجنبية او فروع البنوك الاجنبية التى توجد فى الصين وأقر البنك المركزى السماح للشركات المخولة من قَبْل حق اصدار الضمانات بالاستمرار في هذا النشاط ، وذلك بشرط ان يكون هذا في حدود المبالغ المحقق استحقاقها لها او الموجودة لديها من النقد الاجنبى والشركات التى تستفيد من هذه الضمانات نعنى الشركات المضمونة هى تلك المسجلة فى الصين طبقا للقانون بما فى ذلك شركات الاستثمار والشركات المشتركة .

ولا يسمح بضمان الشركات الاجنبية الموجودة والمسجلة فى الصين الا اذا رهنت اموالها

من النقد الاجنبى بذات قيمة القرض وبمعنى آخر يلزمها أن تُدَبر تأمينا نقديا بقيمة القروض من النقد الاجنبى المتاح لها .

وممنوع على الشركات والمؤسسات المالية الصينية ان تقدم ضمانا لرأس المال اللازم للشركات الاجنبية الموجودة فى الخارج لمزاولة نشاطها فى السوق الصينى من خلال فرع لها فى الصين او مباشرة ، ومع ذلك يمكن الحصول على اذن خاص من رقابة النقد بذلك .

ويلزم تقديم دراسة جدوى لاى مشروع مطلوب له ضمان قبل منحه ، وكذلك يلزم على مانح الضمان عمل ضمان مقابل ، والبنوك الاجنبية تَسْتَعْلِمْ من ادارة رقابة النقد الاجنبى عن امكانات الضامن ومركزه المالى ومصادر النقد الاجنبى لديه .

ويلزم ان يتعاقد الضامن بعقدين منفصلين احدهما مع الدائن والاخر مع المدين وبعد ابرامها يُحالا الى رقابة النقد الاجنبى مرفق بهما المستندات خلال عشرة ايام وتقوم رقابة النقد بالتأكد من عدم مجاوزة سقف الضمان الحد المسموح به للجهة ألضامنة ولا يصبح الضمان معمول به الا بعد تسجيله فى رقابة النقد .

واعمالا لمقتضى عقد الضمان ونصوص القانون ، يحل الضامن محل الدائن فى حق الرجوع على المدين بقدر ما أوفى وله ان يتقاضى أتعابا عن تقديمه للضمان ، وله ايضا الحق فى الزام المدين بتقديم تأمينات لضمانه وطبقا للقانون يمكن للضامن التحلل من التزامه فى حالتين :

١ – عند تعديل العقد الاصلى بين الدائن والمدين المضمون يلزم ان يقره الضامن والا سقط ضمانه طالما ان التعديل يمس جوهريا القرض مثل مقداره وسعر فائدته وسعر الصرف.

٢ – يلزم ان يطالب ألدائن مدينه الاصلى بالوفاء طبقا لشروط العقد وفى المواعيد المقررة به

والا سـقط الضـمـان ، وكـان من حق الضـامن الرجـوع علي الدائن بما تكبـده من مصروفات.

وقانون ضمان القروض ، فى الصين ، يتحدث عن الضمان العادى الذى تتعاطاه الشركات والبنوك والمؤسسات في الحدود المرسومه لها وهو قريب من عقد الضمان ، وعقد الكفالة التقليدى فى القوانين الاخرى لانه :

١- التزام ثانى بوافاء الدين بعد الرجوع على المدين الاصلى .

٢- مرتبط بالعقد الاصلى وجودا وعدما .

٣- للضامن كافة دفوع ودفاع المدين قبل الدائن ويحل محل الدائن قبل المدين عند الوفاء.

والشركات والمؤسسات ، والبنوك التى تصدره يلزم ان يكون مصرحاً لها بذلك ، ولا يلزم ان تكون هذه الجهات متخصصة فى الاعمال المالية او البنكية او ان تكون شركات ضمان ، كما هو الحال فى امريكا مثلا .. ولكن المهم ، ان تكون مصرح لها بمزاولة عمليات الضمان .

وليس هناك قاعدة او نظرية فى اختيار هذه الشركات عند التصريح لها بتقديم الضمانات ، ولكن البنوك تزاول هذا العمل فى الصين ويصرح لها به ، وهذا النوع من الضمان جارى فى المعاملات الدولية مع الصين .

قانون التأمين فى الصين

يرجع وجود نشاط التأمين في الصين الى سنة ١٨٨٥ ولكن قوانين التأمين الحديثة ظهرت سنة ١٩٧٩ وهي تنظم نشاطات التأمين المختلفة في الصين وهى متعدده بلغت حوالي مائة وثلاثون نوعا سنة ١٩٨٦ منها التأمين على الاعمال التجارية ، والتأمين البحرى ، وتأمين الاستثمارات وخلاف ذلك ، ويستعمل التأمين فى الصين كوسيلة من وسائل الضمان فى التجارة الدولية ، شأن باقى نشاطات التأمين فى الدول الاخرى .

خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية

فى الصين

تأخذ التقنينات الحديثة في الصين خاصة فى مجال النشاط التجارى والاستثمار ، والتأمين بما هو سائد دوليا ، سواء بالنسبة للتطبيقات الدولية او الاعراف الدولية خاصة فى أعمال البنوك عامة وبالنسبة لاوراق الدفع والاعتمادات المستندية ، وخطابات الضمان وقد راجعنا (بنك اوف تشاينا Bank of China† فأنهى الينا بخطابه المؤرخ ١٩٨٩/٩/١٤ الاتى:

اولا : ان الصين تأخذ بالقاعدة الموحدة الصادرة من غرفة التجارة الدولية لخطاب الضمان البنكى غالبا وأساسا .I.C.C.

ثانيا : هناك عشرة مؤسسات مالية وبنوك مصرح لها باصدار خطابات الضمان البنكية فى التجارة الدولية .

ثالثا : هناك انواع عديدة من الضمانات البنكية يصدر شأنها خطاب ضمان بنكى منها ضمانات المراكب والضمانات الملاحية ، وضمانات التنفيذ ، وضمانات الدفعه المقدمة ، وضمانات الوفاء بالالتزام. ويغطى خطاب الضمان البنكى فى الصين كافة النشاطات التى يغطيها فى اى بلد آخر .

رابعا : ليس هناك صياغة موحدة لجميع انواع الضمانات وانما تدرس كل حالة بظروفها .

خامسا: تراقب وتشرف ، ادارة الرقابة على النقد الاجنبى ، المتفرعة عن البنك المركزى والمؤسسات والبنوك الدولية على أصدار خطابات الضمان .

فى الصين

نشير إلى القانون الدولى الخاص فى الصين Privet International Law وحتى سنة ١٩٨٠ لم يكن هناك الا قواعد قليلة مكتوبه فى القانون الدولى الخاص وكانت المحاكم تسير على المعامله بالمثل أخذا فى الاعتبار السياسه العامه – ولكن المبادئ المكتوبة بدأت تكثر خلال السنوات الأخيرة فقط وكذلك أدت زيادة المنازعات والقضايا التى فيها أطراف أجنبية فى التجارة الخارجية وساعدت على تطور القانون الدولى الخاص.

وتطبيق القوانين الاجنبية وكذلك تنفيذ الاحكام الاجنبية أرْسَتْ قواعد جديده لا تتفق مع القواعد المقننه للقانون الدولى الخاص – وتطبيق الاتفاقات الدولية – واعمال مقتضى قواعد العرف الدولى فى حدود ضَيّقَه.

SHEWAI

Foreing - Related Casses

ومبدأ أو تعبير Shewai يعنى أن تطبيق الاتفاقات الدولية أو العرف الدولى انما هو متاح ومسموح به فقط فى المعاملات التجارية الخارجية. وأشار الى ذلك القانون المدنى الصينى فى المادة ١٤٢ – وكذلك قررت المادتين ٥ ، ٦ فى قانون العقود الاقتصادية فى الصين أن Shewai هذه قاعدة لا تطبق إلا على العقود مع الشركات أو الاشخاص الاجانب – ولم يوضح القانون الصينى مفهوماً محدداً لمبدأ Shewai فالاجانب الذين لهم نشاطاً فى الصين ومُقمين بها

يخضعون لقوانين التجاره المحليه - وإما العقود المبرمه بين شركات أجنبية وشركات صينية فهى تخضع لمبدأ أو نظام Shewai ونتيجه لذلك يحكم قانون العقد التجارى الصينى الشركات والاشخاص الاجانب المقمين والاتفاقات والاعراف الصينية لا تطبق القوانين الاجنبيه.

وكثيرا ما يكون الموضوع الواحد والذى فيه نشاطا أجنبياً خاضعاً لمبدأ Shewai فى مكان وغير خاضع له فى مكان الآخر وصدر حكم من محكمة الشعب أو المحكمه العليا فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٨٥ يقرر : -

أن مبدأ Shewai يطبق على القضايا التى يكون جميع أطرافها أجانب أو أن يكون بها طرف أجنبى سواء أكانوا أفراد أو شركات طالما أن الأجنبى مقيم أو مقره فى الخارج أو أن تكون العلاقة التعاقدية قد عُقِدَتْ فى الخارج وأن موضوع العلاقة القانونية تمت فى الخارج أيضاً.

وقاعدة Shewai هذه غير واضحه التطبيق فى اعمال مقتضى القوانين الاجنبية والعرف الدولى فى العلاقات التجارية الدولية.

والذى يهمنا فى خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدوليه فى الصين أن نوضح، وبقدر الامكان، القواعد أو القوانين التى تحكمه فى القانون الصينى وتحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص.

وعلى أساس ما انهاه الينا بنك الصين فمن المفهوم أنهم فى الصين يطبقون المبادئ الاساسيه لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدوليه وطبقاً لما أوردتها المنظمات الدوليه فى تنظيمه خاصه .I.C.C

ولكن يلزم أن نشير هنا الى موضوعين : -

الموضوع الأول هو تطبيق العرف الدولى

فالماده الخامسه من قانون عقد التجاره الدوليه فى الصين تسمح بتطبيق العرف الدولى – إذا ما أخفق طرفىّ العقد الدولى والذى فيه طرف أجنبى « شركة كانت أو شخص » فى الاتفاق على القانون الواجب التطبيق – وكان القانون الصينى لم يعالج مثل هذا الموضوع المعروض على المحكمه وتطبيق العرف الدولى فى الصين يخضع للاعتبارات الآجنبية : –

١) اعمال العرف الدولى يكون فقط فى حالة Shewai Cases اي القضايا التى تحكم بقاعدة Shewai

٢) لا تلغى قواعد العرف الدولى – نصوص القانون الصينى فهى ليست فى مركز أعلى منه – والقانون الصينى يرى اعمال مقتضى العرف الدولى فقط إذ لم تكن هناك اتفاقيات دوليه خاصه أو قانون محلى يحكم الموضوع مباشرة.

وهذا يجعل من الصعب معرفة ما إذا كانت المحكمة سوف تطبق العرف الدولى أو القانون المحلى خاصة ومواد القانون الصينى عامه فيمكن خلعها على أى موضوع.

٣) والاعتبار الثالث هو نص المادة ١٥٠ من القانون المدنى الصينى التى تقضى بأن تطبيق العرف الدولى يلزم الا يتعارض مع المصلحه العامه للصين.

٤) وأخيراً فتطبيق العرف الدولى على النزاع إنما يخضع أولا وأخيرا لقرار المحكمه.

ويبدوا أن الاتجاه الآن هو محاوله توضيح قواعد محدده لحالات تطبيق العرف الدولى.

الحالة الثانية تطبيق القانون الاجنبى

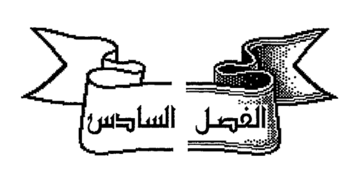
وهنا نتعرض مباشرة للقانون الواجب التطبيق والمحاكم الصينيه من حسن الخط تعترف بالقوانين الاجنبيه واعمال مُقْتَضَاهَا كمبدأ طبق فى بعض الحالات طبقا لنصوص المواد ٥، ٨، ١٤٥ من القانون المدنى الصينى.

ويمكن تأسيس تطبيق القوانين الاجنبية أيضاً على الاتفاقات الدوليه – وعلى ذلك قد تطبق المحاكم الصينيه القانون الاجنبى بدلا من القانون الصينى فى بعض القضايا.

وليست هناك مواد مباشره وواضحه فى القانون الصينى تُحِيل على القوانين الاجنبيه – فلا يقرر القانون المبادئ ألقاطعه بالاحالة الى قانون أجنبى فإذا كان هناك عقد رأت المحكمه الصينيه فيه وجوب تطبيق قانون الولايات المتحدة على النزاع القائم بشأنه، ولكن قواعد الاحاله فى القانون الامريكى تقرر أن الحاله يحكمها القانون الصينى – فليس واضحاً فى مثل هذه الحاله أى القانونين سوف تُعمِلْ مقتضاه المحكمه الصينيه .

ويبقى المخرج الاساسى فى منازعات خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوليه هو الالتجاء إلى التحكم – ومن حسن الحظ – أن التحكيم فى الصين نظمته عده قوانين.

وربما يكون الالتجاء إلى القواعد الموحده الصادره عن المنظمات الدوليه حلا مثاليا لهذه المشكلة وأما بخصوص الاحكام والتحكيمات عن منازعات خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية فى الصين – فهى علاوه، على انها لم تسهم فى تقريره، فهى أيضاً لم تنشر فى المراجع العالميه.



نماذج لصياغات البنوك لخطاب الضمان البنكى فى بعض دول العالم

الفصل السادس

نماذج لصياغات البنوك - لخطاب الضمان البنكى
فى بعض دول العالم
أولاً البلاد الاسلامية

توضيح

ليس هناك صياغة موحدة لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية متفق عليها دوليا ، ولا يمكن أن يكون ذلك كذلك.

لأن صياغة خطاب الضمان البنكى يحددها نوع الضمان المطلوب ، وانواع خطابات الضمان مُتَعدده ، كما أسلفنا ، ولا تقع تحت الحصر ، ويلزم أن يكون لكل نوع من انواع خطابات الضمان صياغته .

فخطاب الضمان الملاحى تختلف صياغته عن خطاب ضمان فى العمليات التجارية المختلفة وعقود المقاولات – والمناقضات – وضمانات التنفيذ – والدفعه المقدمه ... الخ .

والأهم من ذلك أن قوانين البلاد المختلفه تملى صياغات مختلفه لخطاب الضمان لتتفق مع قوانينها ، فإن كلمات خطاب الضمان وصياغته إنما تخضع أساسا لاتفاق الآمر والمستفيد فى عقدها الأصلى ، وهذه العقود تختلف من عقد لآخر .

ويُلزمُ ان تتوافر دائما فى الصياغة الأركان الاساسية لخطاب الضمان البنكى طبقا للعرف الدولى والقوانين وأخصها إنفصال العلاقات الثلاثية المحيطة به، وأنه مجرد من السبب وأن التزام ألبنك فيه مباشر للمستفيد لا يتوقف على إرادة الآخر ؛ وإنه سارى المفعول طوال أجله ، سواء أكان مشروطا أو غير مشروط ، وان ورقته أو صكه كاف بذاته.

وقد جاء في المرجع العملى لخطابات الضمان الصادر عن إدارة التنظيم المصرفية للبنك الأهلى المصرى ؛ **صيغ خطاب الضمان ما نصه :**

يتعين أن تَصْدُرْ خطابات الضمان على النماذج المستخدمة فى البنك نموذج رقم ٢٧٦١ مع مُرَاعات عدم إصدار خطابات ضمان تمويلية وهى التى تصدر لضمان ديون ... الى آخره

والملفت للنظر ، هو الالزام أن تصدر خطابات الضمان على النماذج المطبوعة المستخدمة فى البنك ، وتحديد رقم النموذج وألتعبير بكلمة « يتعين ».

وهذا قطعا غير عملى من المرجع العملى، الذى يقول بذلك – ولا يسير على ذلك البنك ذاته فقد يكون النموذج مقبولا من الآمر أو غير مقبول فيتم صياغه خطاب الضمان بحريه وبالنص الذى يطلبه العميل ويوافق عليه البنك. ثم تقول تعليمات هذا المرجع العملى ص ٢ ما يأتى :–

أنه إذا وجد بعد ذلك ان الخطاب المطلوب إصداره لا تتوافر فى صيغته هذه الاسس "التى ذكرها" أو ثمة شك فيها، يتعين الرجوع للادارة القانونية لتقدير ملائمة الصيغة المطلوب اصدار الخطاب بها .

وهنا يفترض البنك أنه لاضروره لاجبار العميل على الالتزام بالنموذج . وهذا تناقض؟؟. والنص لا لزوم له أصلاً.

و أما الشرط الرابع فى ص٢ فى حظر أصدار خطابات الضمان المشروطه بمقولة أنها تؤثر على الطبيعه القانونيه لخطاب الضمان ، فهذا مالا نوافق عليه ، وهذا أيضا لا يطبقه البنك ذاته لأنه يُصْدِرْ خطابات ضمان مشروطه ، وقد سبق أن تناولنا هذا الموضوع وهذا النص ايضاً لا لزوم له.

ومن الناحية العملية ، لكل بنك نماذج لخطابات الضمان للأغراض المختلفة ، ولكن ليس معنى هذا أنها مُلْزِمَةْ إو مُمْلاه على الآمر ليأخذ بها فهى خاضعة للتعديل ، سواءً تأسيسا على

عقد المستفيد مع الآمر ، أو عقد الآمر مع البنك . وقد تُطْرَحْ كليةً ، ويتم صياغة خطاب الضمان بأسلوب أخر تماماً .

وموضوع هذا الكتاب خطاب الضمان ذاته ، لذلك لا نتحدث فى هذا الكتاب عن عقد الآمر مع البنك ، أو عقد الآمر مع المستفيد بِتَبَسُّطْ، ونكتفى بما ذكرناه فى ذلك . لأن هذه – وتلك دراسات مختلفة.

والحصول على خطاب ضمان يتقدم الآمر بطلب وهو غالبا نماذج قابله أيضا للتعديل ، إذا وقعها الآمر والبنك أصبحت هى عقد الخدمة المصرفيه التمويلية.

نماذج لخطابات ضمان لاغراض مختلفة
لبعض البنوك فى مصر

١ - نموذج لخطاب ضمان ابتدائي لعطاء

Provsional Letter of Guarantee No.	**خطاب ضمان مؤقت رقم**
we hereby guarantee	نتشرف بالافادة أننا نضمن بموجب كتابنا هذا:
to the extent of :	فى حدود مبلغ
representing % of the value of the tender to enable them to participate in the adjudication which will be held on :	أى ما يوازى ٪ من قيمة العطاء وذلك ليتمكنوا من الاشتراك في المناقصة المحددة لانعاقدها
in respect of :	بخصوص
for the due fulfilment of their obligations subject of this guarantee in case their tender is accepted, and we will pay you any sum within the above mentione date upon your first demand not with standing any contestation.	وضمانا لقيامهم بتعهداتهم موضوع هذا الضمان متى رست عليهم المناقصة سالفة الذكر فاننا نتعهد بأن ندفع لكم أى مبلغ فى الحدود المذكورة أعلاه عند أول طلب منكم وبدون الالتفات الى أى معارضة من اى شخص كان .
In case clients tender is not accepted, the present Guarantee is immediately cancelled	هذا وفى حالة اذا لم تُرْس ألعملية على عملائنا فان خطاب الضمان يلغى فورا ويرد الينا بالتالى .

and must be returned to us.

This L/G is personal to you and not assignable.

هذا الضمان لصالحكم شخصيا وغير قابل للتحويل.

This Letter of Guarantee holds good until .

يسرى مفعول هذا الضمان لغاية ويما فيه يوم

You are entitled to apply for extension of the validity of this Ietter of guarantee for another period or further provided your said application is made within the Ietter of guarantee validity.

ولكم الحق فى طلب تجديد سريانه لمدة أخرى أو أكثر بشرط أن يكون الطلب خلال مدة سريان خطاب الضمان

Conssquently, any claim in respect thereof must reach us before or on that date at the latest, otherwise you are no longer entitled to such claim as our liability will cease and the present Letter of Guarantee will definitely be considered as null and void without the need of any advice whatsoever.

وعلية فكل مطالبة تتعلق بهذا الضمان يجب أن تصلنا حتى ذلك التاريخ على الأكثر والا سقط الحق فيها ويصبح تعهدنا منتهيا ويعتبر خطاب الضمان لاغيا بصفة نهائية دون حاجة الى أى إعلان كان.

٢ - نموذج لخطاب ضمان نهائى غير مشروط فى مصر

<table>
<tr><td>Advance Payment Letter of Guarantee No.</td><td dir="rtl">خطاب ضمان نهائى / دفعه مقدمه رقم</td></tr>
<tr><td>We hereby guarantee :</td><td dir="rtl">نتشرف بالافادة أننا نضمن بموجب كتابنا هذا :</td></tr>
<tr><td>to the extent of :</td><td dir="rtl">فى حدود مبلغ</td></tr>
<tr><td>in respect of :</td><td dir="rtl">وذلك</td></tr>
<tr><td>We undertake to pay you any sum within the above extent upon your first demand notwithstanding any contestation.</td><td dir="rtl">ونتعهد بأن ندفع لكم أى مبلغ فى الحدود سالفة الذكر عند أول طلب منكم ودون الالتفات الى أى معارضة .</td></tr>
<tr><td>This Letter of Guarantee holds good until.</td><td dir="rtl">يسرى مفعول هذا الضمان لغاية وبما فيه يوم</td></tr>
<tr><td>You are entitled to apply for extension of the validity of this letter of guarantee for another period or further provided your said application is made within the letter of guarantee validity.
This L/G is personal to you and not assignable</td><td dir="rtl">ولكم الحق فى طلب تجديد سريانه لمدة أخرى أو أكثر بشرط أن يكون الطلب خلال مدة سريان خطاب الضمان هذا الضمان لصالحكم شخصيا وغير قابل للتحويل .</td></tr>
<tr><td>Consequently, any claim in respect thereof must reach us before or on that date at the latest, otherwise you are no Ionger entitled to such claim as our liability will cease and the present Letter of Guarantee will definitely be considered as null and void without the need of any advice whatsoever.</td><td dir="rtl">وعلية فكل مطالبة تتعلق بهذا الضمان يجب أن تصلنا حتى ذلك التاريخ على الأكثر والا سقط الحق فيها ويصبح تعهدنا منتهيا ويعتبر خطاب الضمان لاغيا بصفة نهائية دون حاجة الى أى اعلان كان .</td></tr>
<tr><td>Yours Faithfully</td><td dir="rtl">وتفضلوا بقبول فائق الاحترام</td></tr>
</table>

٣ - نموذج خطاب ضمان الدفعة المقدمة متناقص القيمة فى مصر

خطاب ضمان دفعة مقدمة رقم
"غير قابل للتحويل "

Advance Payment Guarantee No
Not Transferable

نتشرف بالافادة اننا نضمن بموجب هذا

We hereby guarantee

فى حدود مبلغ

to the extent of

لضمان صرف الدفعة المقدمة بما يوازى ٪
من عملية

to guarantee the disbursement of the advance payment of % related to the operation of

على ان تخفض قيمة الضمان اولا باول بنفس النسبة (اى بنسبة الدفعة المقدمة) بما يتم تنفيذه من أعمال نظير الدفعة المقدمة .

The value of this letter of guarantee shall be automatically reduced proratal to the same percentage (i.e. percentage of the advaice payment) for value of each implemented work under this advance payment.

ونتعهد بان ندفع لكم المبلغ النسبى الخاص بالأعمال غير المنفذة من جانب عملائنا وذلك فى الحدود سالفة الذكر عند أول طلب منكم دون الالتفات الى اى معارضة .

We undertake to pay the proper amount for work unexecuted by our customers within the above extent upon your first demand notwithstanding any Contestation.

لا يسرى مفعول هذا الضمان الا بعد موافاتنا بشيك لأمرنا بقيمة الدفعة المقدمة لحساب عملائنا أعلاه لغاية وبما فيه يوم.

This Letter of guarantee shall only be operative after receiving a cheque Issued to our order for our customers' account and holds good until.

وعليه فكل مطالبة تتعلق بهذا الضمان يجب ان تصلنا قبل أو حتى ذلك التاريخ على الأكثر والا سقط الحق فيها ويصبح تعهدنا منتهيا من تلقاء نفسه ويعتبر خطاب الضمان لاغيا بصفة نهائية دون الحاجة الى اى اعلان كان .

Consequentiy, any claim in respect thereof must reach us before or on that date at the latest, otherwise you are no longer entitled to such claim, as our liability will cease and the present letter of guarantee will definitely be considered as null and void without the need of any advice whatsoever.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

Yours Faithfully

ضمان وتعويض عن تسليم بضاعة بدون تقديم

بوليصة الشحن الأصلية فى مصر

---

٤ - نموذج لخطاب ضمان ملاحى

الى أصحاب أو وكلاء / أو مستأجرى أو قبطان الباخرة

التى وصلت بتـــاريخ

سفرية رقم

نظرا لقبولكم تسليم البضائع المذكورة أدناه ، التى نقرر بأننا أصحابها الشرعيون ، لنا أو لأمرنا بدون تقديم بوليصة أو بواليص الشحن الخاصة بها لعدم وصولها إلينا حتى الآن ، نقبل ونتعهد لكم بموجب هذا بتقديم التعويض الكامل لكم عن جميع ما يمكن أن يترتب بالنسبة لكم عن نتائج ومسئوليات مهما كان نوعها مباشر أو غير مباشر بخصوص أو بسبب هذا التسليم المذكور وكذا قيمة كل الخسائر والمصاريف الأخرى التى تطالبون بها أو قمتم بدفعها بما فى ذلك اتعاب المحاماه وكل ما يطلب منكم من مصاريف أخرى عن القضايا والاجراءات القانونية المقامة ضدكم بسبب هذا التسليم .

وكذا نقبل ونتعهد بأن ندفع لكم فورا ما تطلبونه من أجر الشحن أو عواريات عمومية ومصاريف أو رسوم أو أى مصاريف أخرى عن البضائع المذكورة حيث نقبل إبقاء جميع حقوقكم على البضائع الخاصة بهذا التسليم وكذلك نقبل ونتعهد بأن نحول فى الحال بمجرد طلبكم الى حاملى بوليصة الشحن الأصلية فى الدولة التى تحددونها وبالعملة الحرة أى مبلغ تطالبون به مهما كان نوعه وقيمته.

وكذلك نقبل ونتعهد حين استلامنا بوليصة الشحن أن نقدمها اليكم موقعا عليها ومحوله منا .

كيلو	محتويات الطرود	عدد ماركة	رقم بوليصة الشحن	ميناء الشحن

التـــــاريخ: الاســـم :

إمضاء الشاحنين أو المستلمين : التوقيع :

٥ - نموذج لخطاب ضمان من بنك مراسل دون تعزيز من البنك المحلى فى مصر

L / G No.	خطاب ضمان رقم
For	بمبلغ
Messrs,	السادة /
We give you hereunder the text of the guarantee issued in your favour by our correspondent :	نتشرف بأن نورد لكم فيما يلى نص الضمان الصادر لصالحكم من مراسلينا
(Quote)	(بداية)
(Unquote)	(نهاية)
We are pleased to confirm this letter of guarantee.	ونفيدكم بأننا نضيف تأييدنا لهذا الضمان
We are pleased to advise this letter of guarantee to you without any responsibility or obligation on our part .	ونفيدكم بأننا نبلغ لكم نص الضمان بعاليه بدون أية مسئولية أو التزام من جانبنا .
Please return to us this Letter of Guarantee when no longer required for cancellation.	والرجاء إعادة خطاب الضمان الينا عند إنتهاء الغرض منه للالغاء
Please be informed that the copies and photocopies of this letter are considered non nogetiable copies.	ونود الافادة أن الصور الفوتوغرافية والكربونية لهذا الخطاب لا يعتد بها.
Yours Faithfully	وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،

٦ - نموذج لخطاب ضمان تنفيذ من السعودية

Performance guarantee from a Saudi Arabian bank

LETTER OF GUARANTEE FOR FINAL DEPOSIT

His Excellency ..... Place .....

..... Number .....

..... Date .....

Since you have awarded our clients Messrs ... ('the Contractor') a contract ('the Contract') for... (Description and Identity of the project).

We ... (Name of the Bank) ('the Guarantor') hereby irrevocably and unconditionally guarantee the payment to you of Saudi Riyals ..., being 5% of the value of the Contract and accordingly covenant and agree as follows :

(a) On the Contractor's failure to fulfil any of the conditions of the Contract as determined by you in your absolute judgement the Guarantor shall forthwith on demand made by you in writing and notwithstanding any objection by the Contractor pay you such amount or amounts as you shall require not exceeding in aggregate the above mentioned amount of Saudi Riyals... by transfer to an account in your name at such bank in Saudi Arabia as you shall stipulate or in such other manner as shall be acceptable to you.

(b) Any payment made hereunder shall be made free and clear of, and without deduction for or on account of, any present of future taxes, levies, imposts, duties, charges, fees, deductions or withholdings of any nature whatsoever and by whomever imposed.

(c) The covenants herein contained constitute unconditional and irrevocable direct obligations of the Guarantor. No alteration in the terms of the Contract or in the extent or nature of the work to be performed thereunder and to allowance of time by you or other forbearance or concession or any other act or omission by you which but for this provision might exonerate or discharge the Guarantor

shall in any way release the Guarantor from liability hereunder.

(d) This guarantee shall remain valid and in full force and effect up to the end of the ... day of .. of the year ... by which time any claim hereunder must be received by the agent of the Guarantor in Saudi Arabia, namely ... (bank).

(e) The guarantor represents and warrants that the amount of its liability under this guarantee together with the aggregate amount of all other guarantees and all facilities issued by the Guarantor in the interest of the abovementioned client and in favour of the Kingdom of Saudi Arabia including all its departments, agencies and sub-divisions or other authorities therein or thereof and valid as on the date hereof does not exceed 20 per cent of the Guarantor's paid-up capital and reserves.

(f) This guarantee is governed by and shall be construed in accordance with the laws and regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

٧ - تعليمات لبنك سعودى باصدار خطاب ضمان ضد خطاب ضمان مقابل

Instuctions to a Saudi Arabian bank for the issue of a guarantee against a counter-guarantee.

Our Counter-guarantee Reference No.

Under our full and irrevocable responsibility, please issue (in Arabic or English at your discretion and in a format acceptable to the Beneficiary) the following Guarantee :

Appendix

-By order of

-Related to Contract No.

-Amount of Contract

-Type of Guarantee

- Beneficiary

- Expiry Date.

In consideration of your issuing the Guarantee, we hereby irrevocably and unconditionally issure this Counter-Guarantee in your favour and agree as follows :

(i) We will pay to you upon your first written demand (whether by correspondence or tested telex), notwithstanding any protest or objection made by any party : (a) any amount up to the amount of the Guarantee specified above plus (b) any interest which you certify has accrued and any costs, charges or expenses (including without limitation legal fees) which you may incur, now or at any future date, in connection with the Guarantee or the enforcement of your rights hereunder.

(ii) One or more demands may be made by you, provided that all demands are made prior to the expiry of this Counter-Guarantee.

(iii) We confirm that we have obtained such exchange control approvals, if any, as are necessary to ensure that we will be able to fulfil] our payment obligations under this Counter-Guarantee in the above-mentioned currency. We undertake to maintain such approvals in full force and effect and in the event any new exchange controls are imposed we further undertake to take whatever action is necessary to obtain the required approvals.

(iv) Any payment made hereunder shall be made free and clear of, and without deduction for or on account of, any present or future taxes, levies, imposts, duties, charges, fees, commissions, deductions or withholdings of any nature whatsoever and by whomsoever imposed.

(v) Should you be served with a request from the Beneficiary to extend the validity of the Guarantee (whether such request contains an 'extend or pay' demand or an 'extend or hold for value' request) we undertake, upon receipt of your notice of such request, either : (i) to provide you with our agreement to extend the validity of this Counter-Guarantee from its present (or extended) expiry date for a period not less than thrity (30) days beyond the exteded expiry date requested by the Beneficiary or (ii) to pay you forthwith the sums available under this Counter-Guarantee. The proceeds of any such payment

shall be held by you as security and applied to cover your liabilitues and/or to meet any demand for payment that may be served on you.

(vi) Until all amounts due and payable to you by us in accordance with a timely demand made by you are paid in full, our obligations and liabilitues will not be discharged, impaired or otherwise affected by any act, judgement, order or other event which, but for this provision, might otherwise operate to discharge or impair our obligations or liabilities.

(vii) Our liabilities and any dispute pertaining to this Counter-guarantee shall be construed in accordance with and governed by the laws and regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

(viii) This Counter-guarantee will expire at midnight (our time) on the .... day of .... 19 ...., being 30 calendar days after the expiry of your Guarantee, unless extended pursuant to Clause (v).

Authorized Signatory (s)

٨ – نموذج من سوريا لخطاب الضمان برد قيمة ضمان

Repayment guarantee from a Syrian bank

To :

We inform you that we hereby guarantee .....

jointly and sevrally for an amount of ...

Say .....

in lieu of granting them/him an advance loan in the the amount of ...for the project subject of contract No .... date ...

This guarantee is valid from this day and until re-payment of the advance loan and will automatically become null and void after lapse of ... from date of temporay receipt indivated in the contract mentioned hereabove without need for warning or any other procedure.

We undertake to pay to your order the balance of the above mentioned advance loan, capital plus interest, as from date loan was encashed, at LIBOR rate prevailing in London Market at that date, upon receipt of your first written demand during its validity to be delivered and reach us officially, latest ... at 1.00 P.M.

Automatically thereafter, our obligation under this guarantee will cease without need for warning or any other procedure, unless we proceed to extend or renew its out-standing balance at the expiry date.

We should be notified in writing on every payment made for settlement of the loan made under this guarantee to reduce its amount accordingly.

We declare that we choose the following address as our domicile in all that concerns the execution of this guarantee.

٩ - نموذج من بنك مصر فى خطاب ضمان برد الدفع المقدمه

Repayment guarantee from an Egyptian bank

Dear Sirs,

ADVANCE PAYMENT GUARANTEE No. :

With reference to the Contract concluded between you and Messrs. ... for the supply of ...

we hereby undertake to hold at your disposal at our counters as guarantee deposit free of interest and payable in cash on your first written demand specifying the reasons of your claim but notwithstanding any contestation by the contractors, the sum of ... representing your down payment of ... , ...% of the value of the above contract.

The guarantee shall come into force as from the date of receipt by ... of the above mentioned down payment and.

(1) shall be automatically reduced by the value of ....

(2) until full release of the guarantee amount.

This guarantee is valid in Cairo until ...

Consequently any claim in respect thereof should reach us before or on that date at the latest otherwise you would no longer be entitled to such payment as our liability will cease ipso facto and the present Letter of Guarantee will definitely be considered null and void without the need of any further advice whatsoever.

Please return to us this Letter of Guarantee on expiry date.

١٠ - نموذج من الإمارات بالتعليمات لاصدار ضمان مقابل

Instructions to a bank in the United Arab Emirates for the issue of a guarantee against a counter-guarantee

Under our full and irrevocable responsibility, please issue (1) in Arabic or Enghlish at your discretion in your Bank's Standard Format (2) or as per format below Guarantee with following details :

(1) - By order of

- Related to Contract No.

- Amount of Contract

- Type of Guarantee

- Amount of Guarantee

- Beneficiary

- Expiry Date

(2) Issue in following format

Quote

Wording to be typed by Bank

Unquote

In consideration of your issuing the Guarantee, we hereby irrevocably and unconditionally issue Counter-Guarantee in your favour and agree as follows :

(i) up to and including (vi) see sample no. 12)

(vii) Our liabilities and any dispute pertaining to this Counter-Guarantee shall be construed in accordance with and governed by the laws and regulations of the United Arab Emirates.

(viii) This Counter-guarantee will expire at our counter on ...... day of .... 19 .... , being 30 calendar days after the expiry of your Guarantee, unless extended pursuant Cluse (v).

This Counter-guarantee is conditional on all claims or demands for payment hereunder being made by you on or before ...... We shall not be obliged to make any payment under this Counter-guarantee pursuant to any claim or demand made by you after .... This Counter-guarantee shall be null and void after .... notwithstanding that it is not retuned to us for cancellation.

NB : If you are requesting our bank to issue a guarantee which does not contain a specific calender expiry date the validity clause in the above Counter-guarantee should be amended to read :

'This Counter-Guarantee is valid until we receive your confirmation that we are released from further liability hereunder'.

The above clause is also required on Bid Bonds bearing autorenewal clause after initial expiry date.

١١ - نموذج تعليمات من بنك فى تركيا باصدار خطاب ضمان مقابل ضمان منه فى عقد مقاوله

Instructions to a Turkish bank for the issuance of tender guarantee against a counter-guarantee

Bid Bond No.: (Tender Guarantee or Provisional Guarantee)

Please issue under our full responsibility on our behalf and for our account a Bid Bond in your standard form as per particulars given below :

1 - Beneficiary

2 - Amount :

3 - By order of :

4 - Covering : Their obligation under offer no. ... of .... for ... :

5 - Bid invitation : Under contract no. :

6 - Tender closing date :

7 - Expiry date of the Bid Bond :

8 - Commitment : Your indemnity must be made payable on first demand of the beneficiary, without any objection whatsoever, against your receiving from beneficiary a written confirmation stating that in case although the bidder has been duly notified that it has been decided to award the contract to him requiring him to deposit a performance bond and sign the contract, but failed to deposit the performance bond and sign the contract and comply with the provisions of the applicable law and the specifications related to the work.

9 - Expiry date of our Counter-Guarantee : Our Counter-Guarantee is valid thirty days beyond the expiry date of your Bid bond, at the latest until ..... and expires in full and automatically if no written claim under our counter-guarantee reaches us at our offices on or before that date.

In consideration of your issuing your a/m Bid bond, we herewith irrevocably and unconditionally undertake and declare on behalf and for the account of the Bank as the representatives and responsible officials of the Bank equipped with the authority to sign in place of the Bank that we shall pay you or to your order the full Bid Bond amount in full and cash immediately without delay at your first written demand by tested telex/cable/mail not exceeding the sum of .... (..........) together with the legal interest calculated over libor rate plus 3 spread for the days to be elapsed between the date of your first written demand and the date of actual payment waiving all rights of objections and defense, without any obligation to serve a protest, procure a court injunction and obtain the consents of the said parties and by disregarding any dispute that may arise between the said parties and your Bank and the results legal consequences thereof.

Further we unconditionally undertake to pay you the amounts concerning your commissions and other charges by virtue of your issuing this guarantee at your first written demand.

We hereby accept and declare that this undertaking is governed by Turkish Law and the place of jurisdiction for the disputes arising from this Counter-Guarantee is ....

Kindly send us a copy of the guarantee you are issuing together with a note of your charges, with the indication of the bank which you wish to be credited with.

Regards

(*) Letters of Guarantee subject to the ACT NO. 2886 dd. 9.9.1983 (establishing rules to be followed by a government department or a public authority when specified works are opened for tender) should be unlimited in time in accordance with the provisions of the article 26 therein. Therefore counter guarantees issued in favour of our Bank to support such letters of guarantee should also be issued without an expiry date.

Nevertheless counter guarantees bearing an expiry date but extendable automatically and consecutively for an additional period of time at maturity until our Bank and consequently our correspondents are released from their undertakings, are also acceptable.

١٢ - نموذج تعليمات بنك ايرانى باصدار خطاب ضمان محلى مقابل خطاب ضمان مقابل

Instructions to an Iranian bank for the issuance of tender guarantee against a counter-guarntee

To ..... (name and address of the Iranian bank)

Dear Sirs,

At request of (X) please issue on our full responsibility and against our counter guarantee No ...... your performance guarantee for .... in favour of (XX) as follows :

QUOTE : With reference to the contract relating to .... concluded between (XX) and (X) and by the request of (X) for the good performance of the undertaking accepted in accordance with the said contract in respect of ..... we hereby guarantee and undertake, if it is noticed by the (XX) that (X) has offended from their liabilities under the contract, to pay immediately after receipt of the first written demand to or to the order of the (XX) upto a total of ...... (in word) any amount in respect of this guarantee under any subject or reason ascertained by thr (XX) without any need for issuance of declaration from or execution of any action through administrative, legal or other authority or proving neglect, untruth or correctness of such demand.

This letter of guarantee is valid until the official clossing time on .... and is extendable for the period requested by the (XX). Should the bank not be able or willing to extend the validity hereof or the guaranteed party should not provide the necessities of extension and obtain the occurrence of the bank for the extension, then the bank undertakes to pay without any need for a second demand, the said sum in favour or to the order of the (XX). UNQUOTE.

In consideration of your having agreed to issue the abovementioned guarantee we the bank hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay to you immediately any amount up to .... Plus your commission and charges against your simple demand by texefax, cable or airmail.

A demand as such shall be conclusive and the amount shall be paid by us to you immediately and without requiring you to resort to any administrative legal or other authorities or to provide any proof whatsover.

Interest shall accrue and shall be paid to you at the rate 2% above overnight libor for any delay in payment hereunder.

This undertaking and obligation shall be valid for an original period ending at the last office hour on ..... 199 .. Its extension for any other period shall be subject to your instruction or approval. In case we are unable or do not wish to extend the period set forth above or any period extended thereafter, we shall then immediately and simultaneously pay you the above amount without requiring any demand by you. Our counter-guarantee will automatically be extended according to the extension of your guarantee which will be effected at the benificiary's request for any

period asked by them, without necessitaing any prior consulting with us, and in case of our non agreement to extend,, we will effect payment to you, without your having to provide any proof or documentation. Should, until the expiry date of the guarantee, or after such extended dates, no request for extension be received by us, we will extend the validity of our counter-guarantee for a period of two months.

This undertaking and obligation shall be binding on and payable by us, our successors and assigns. All payments shall be effected by actual remittance of the amount to the account as notified by you in writing.

This undertaking and obligation in every respects whatsoever shall be exclusively governed by the laws of the I.R. of Iran and the courts in Iran shall have sole jurisdiction for every and all matters related thereto.

قـــراءة وتعليـــق
على النماذج الاصدره عن البلاد
الاسلامية تحت أولا من رقم ١ الى رقم ١٢

النماذج أرقام من رقم ١ الى رقم ٥ – والمكتوبة باللغتين العربية والانجليزية – لا لزوم لأثبات النص العربى إلا فى التعامل الداخلى – فالعبره فى المعاملات الدولية سوف تكون على أساس النص باللغة الانجليزية – الا إذا أعتبر النصيين أصليين – وهذا لم يرد ذكره فى النص ومن جهة أخرى فإن الترجمة غير متفقة فى اللغتين لإختلاف مدلول الكلمات لغوياً.

مناقشة وقراءة نص النموذج رقم ١

هذا النموذج لخطاب ضمان ابتدائى – وهو متفق مع القواعد الاساسية لخطابات الضمان البنكية فى التجارة الدوليه إذا أخذنا بأحد النصيين دون أن نربطهما معا ويلاحظ أنه عبر بكلمة تجديد Renew وليس بكلمة Extend أى المد وهذا هو الصحيح.

والنموذج رقم ٢ عن خطاب ضمان الدفعه المقدمه

مقبول صياغته فى اللغتين دون تطابق تام فى الترجمة وعبر أيضاً بكلمة (تجديد) وليس بكلمة (مد).

النموذج رقم ٣ عن خطاب ضمان الدفعه المقدمه متناقص القيمة

والذى يقرر تخفيض قيمة الضمان بذات نسبه قيمة الدفعه المقدمه الى قيمة العمليه كان يلزم أن يذكر فيه قيمة العملية وقيمة التخفيض – وأن ينص على احتمال توقف العمل لبعض الوقت ولم ينتظم التنفيذ – وكان يلزم أن يحدد فى ورقة الضمان المستند الذى تحسب على أساسه تخفيض قيمة الضمان « مستخلص مثلاً » والشخص المناط به اصداره دون الآمر – وفى هذا النص عيب آخر إذ يلتزم بأن يدفع قيمة الضمان أو الباقى منه بعد التخفيض وإن لم

يوضح النص ذلك ولم يوضح أيضاً كيف تحدد قيمة هذه الاعمال التى لم تنفذ - أو الورقة الدالة على ذلك والسند الذى يلزم تقديمه فى هذا الخصوص من شخص ثالث - وهو يلزم أن يكون بعيداً عن العقد الأصلى ولا يمكن أن يقحم نفسه عليه لاستقلال العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان - هذا علاوة على المبدأ الذى يُوجب أن يكون سند الضمان كافٍ بذاته - ولم يحدد فى نصه تواريخ اجراء التخفيض الدورى لقيمة خطاب الضمان - ولم يوضح متى سوف يكون ملتزماً بدفع ما لم يتم تنفيذه. إن هذا النص مَعَيبْ يقحم البنك بهذه الصياغة على العقد الأصلى ويورطه أن يكون ضامن عادى له - فهو ليس التزام واضح بمبلغ معين فى وقت محدد بعيداً عن أطرافه والعقد الأصلى.

والنمـــوذج رقــــم ٤ بخصوص خطــــاب الضمان الملاحـــى

بالتعويض عن تسليم بضاعة دون تقديم بوالص الشحن الأصلية

- به كثير من عيوب الصياغة لأنه : -

١ - لأنه صادر لضمان عن ثمن بضاعة لم يفتح اعتمادها المستندى فى ذات البنك ولا يعلم ظروفها وشروط الاعتماد المستندى الخاص بها.

٢ - يلتزم البنك بهذه الصياغة التزاما مفتوحا بتعويض لم يوضح أو يحدد مبلغه - وحتى لم يذكر الاساس الذى يجرى عليه تقدير قيمته - هل هو الاعتماد المستندى ؟ أو فاتورة الشراء ؟ أو مستند آخر كان يلزم النص فى خطاب الضمان عليه ولذلك فهو ضمان على بياض بقيمه غير محدده وغير قابله للتحديد من نص خطاب الضمان - وحتى الجدول الذى ذُيّلَ به ليس فيه إلا بيانات البضاعة عموماً أو وزنها وطرودها وحركتها وبوالص الشحن وميناء الوصول - دون قيمتها أو نوعها « حديد أم سيارات أم مواد غذائية ».

٣ - ليس هناك نص فى ورقة الضمان تربط بين وصول المركب الى الموانى المصريه وعليها البضاعة التى ضمن البنك دفع قيمتها - وبين سريان خطاب الضمان.

٤ - ماذا لو كان الشاحن هو الذى وأفرج عن البضاعة بخطاب الضمان الملاحى وتّصرف فيها فى السوق المحلى ثم إستلم مستنداتها وظهرها لمشترى آخر تظهيراً تمليكياً - وكان

قد صرف قيمة البضاعة من المستورد الأصلى عن طريق اعتماد مستحق الصرف عند وضع البضاعة على ظهر المركب وأصبح هناك مشتريين المستورد الأصلى الذى يلزم تسليم البضاعة له خارج الجمرك ولم يستلمها وحامل سند الشحن شحن البضاعة بخلاف المشترى المحلى .

ليس هذا افتراض بل هى قضيه حدثت فعلاً فى السوق الدوليه وقبض الشاحن قيمة البضاعة ثلاث مرات .

٥ – والأدهى من ذلك أن البنك يلتزم لسلطات الميناء بالمصاريف وأتعاب المحاماه ومصاريف القضايا – وأجرة الشحن العوريات التلف الكلى أو الجزئى للبضاعة وبأى مصاريف أخرى دون تحديد .

٦ – وليس فى نص الضمان كلمه واحده عن المستندات التى تقدم بها عميله للحصول على هذا الضمان باعتباره صاحب البضاعة وليس بيده سند ملكيتها « سند الشحن ».

إنه ضمان غير مدروس – وإذا ظهر للبضاعة صاحب شرعى آخر بيده سند ملكيتها يكون البنك مسئول مسئولية كاملة قبله لأنه سهل عملية سرقة بضاعته وبذلك – يدفع لصاحب البضاعة الشرعى ويدفع مره أخرى للجمارك مطالباتها .

٥ – نموذج لخطاب ضمان من بنك مراسل دون تعزيز.

صياغة هذا النموذج مقبوله فى صياغتيها العربية والانجليزية.

٦ – نموذج خطاب ضمان تنفيذ من السعودية

يلاحظ أنه نص فيه على الدفع بالعمله السعودية – وهو مستحق بمجرد الاطلاع الا تقرير من المستفيد بأن الآمر لم ينفذ التزامه – ويلزم دفع كامل قيمته دون خصم أى ضرائب أو رسوم أو أى خصومات أخرى وينص على نهائية التزام البنك وعدم حقه فى الرجوع عن الضمان – كما ينص على استقلاله عن العقد الأصلى ثم يحدد مدة سريان الضمان أى أجله – والتزام الضامن الاجنبى المصدر له أن يتم الوفاء والدفع من فرع البنك فى السعودية مع ذكر إسمه. ويوضح نص الضمان أن البنك المصدر لم يتجاوز نسبة العشرون بالمائة فى جميع

الضمانات الصادره منه بالنسبه لرأس ماله طبقاً للقانون السعودى. ويحدد أن القانون السعودى هو الواجب التطبيق وأن الاختصاص معقود لمحاكمها.

وهذا النص مقبول ومتفق مع القواعد الدوليه والعرف الدولى.

٧ - تعليمات سعودية بإصدار خطاب ضمان مقابل

تضمنت تعليمات السعودية لاصدار خطاب ضمان من بنك أجنبى لعمليها - مقابل خطاب ضمان مقابل منها الآتى : -

أ) أن يكون تحت الطلب ويشمل الفوائد إن كان لها لها حق والمصاريف الأخرى فى حدود مبلغ الضمان المذكور - وفى أجل الضمان الواضح.

ب) يؤكد النص موافقة رقابة النقد فى السعودية - وأن دفع القيمه يجب أن يكون دون خصم أي فوائد أو رسوم أو أى استقطاعات أخرى.

ج) وإذا طلب المستفيد مد أجل الضمان أو صرف قيمته وايداعها فى - حساب خاص باسمه وتحت طلبه - فيلزم الرجوع الينا لِنُصَرِّحْ لكم بذلك لمدة لا تقل عن ٣٠ يوم أو إذا لم نقبل المد وطلبنا منكم صرف خطاب الضمان فيلزم الاحتفاظ بالقيمة لديكم لتغطية التزاماتكم إذا ما صرفت قيمة الضمان - وتبقى مسئوليتنا قبلكم حتى يتم الدفع للمستفيد بناء عن حكم أو أمر قضائى.

د) ويخضع الضمان المقابل للقانون السعودى.

وهذا ما يسير عليه العمل فى نشاط المؤسسات العامه والحكومه ويربط الضمان بأجل العمليه عن طريق (الدفع أو المد) أو صرف قيمة الضمان وايداعه باسم المستفيد «الحكومة» وخاضع لتعليماتها حتى انتهاء العمليه أو اعفاء البنك من المسئولية.

وأوضحنا فى الفصل الرابع عند الحديث عن خطاب الضمان فى السعوديه كل ذلك - وأشرنا إلى أن المعاملات الخاصه غير خاضعه لتنظيم خطابات الضمانات التى تصدر

للحكومة، ويلزم أن نشير أنها متأثرة بها فى التطبيق والعمل.

٨ - نموذج خطاب ضمان من سوريا يَردُ على ضمان قرض

يقول النموذج فى عباراته أن يدفع منفرداً أو مع العميل قيمة القرض الممنوح للعميل طبقا للعقد المؤرخ فى كذا ——— ويستمر هذا الضمان مرتبطا بعقد القرض ومدته مع الالتزام بدفع قيمة القرض وفوائده عند المطالبه فى موعد وأجل الضمان الا إذا مدّ اجله - وهذا ليس خطاب ضما بنكى.

لانه ضمان قرض مضاف أجله الى عقد القرض ومرتبط به - والبنك فيه ضامن متضامن مع العميل - ويلتزم بفوائد ومصاريف غير محدده فى نصه.

٩ - نموذج خطاب ضمان من مصر عن الدفعه المقدمه

وفيه يقول البنك أنه يضمن فى حدود مبلغ (كذا) الدفعه المقدمه المدفوعة لعميله طبقاً لعقده مع الآمر عند أول مطالبه كتابيه دون فوائد - ودون ربطه بالعقد الأصلى وأجل الضمان هو حتى تاريخ (كذا) يبدأ من تاريخ استلام ورقته - وتخفض قيمته بنسبة (كذا) وينص على انه صالح فى القاهرة حتى يوم كذا ،ويلزم طلب المستفيد الحق فى بحر أجل الضمان.

وهذه صياغة سليمه ومقبوله.

١٠- نموذج من الامارات بتعليمات لبنك مراسل بخصوص خطاب ضمان مقابــل

يرجو فيه البنك الايماراتى من البنك الاجنبى أصدار خطاب ضمان باللغه العربيه أو الانجليزية بالصياغة المعتاده فى نماذجه طبقاً للنص الآتى : -

(بيان النص) لمستفيد معين وذلك مقابل خطاب ضمان من البنك فى الايمارات للبنك الاجنبى غير قابل للرجوع عنه وتجدد التعليمات، أن القانون الايماراتى هو الواجب التطبيق ويجدد أجل أنتهاء الضمان المقابل بتاريخ (كذا) بعد إنتهاء الضمان الصادر من البنك الاجنبى - وإذا كنتم لا توافقون على هذا الأجل يبقى ضماناً قائماً حتى تخطرونا بأنهاء مسئوليتنا عن الضمان المقابل.

وهذه التعليمات تترك للبنك المراسل كامل الحريه فى صياغة خطاب الضمان المقابل وإقتراحات الجانب الامراتى هى تزيد.

١١- نموذج من بنك فى تركيا بإصدار خطاب ابتدائى لعميله مقابل ضمان منه فى عقد مقاوله.

يذكر النموذج اسم المستفيد - قيمة الضمان - واسم الآمر - وطلب اصدار الضمان لتغطية عقد المقاوله رقم كذا - وتاريخ إنتهاء التقدم لهذه المقاولة - وأجل خطاب الضمان المقابل ثم يتحدث عن طبيعة خطاب الضمان الذى يلزم أن صدره البنك بأن يكون مستحق الدفع عند الطلب مع أخذ اقرار كتابى على المستفيد عند الصرف بأن العطاء أسند إلى الآمر إلا أنه تخلف عن تقديم ضمانات التنفيذ ولم يوقع عقد المقاوله.

وأوضح أن أجل خطاب الضمان المقابل يكون بعد ٣٠ يوماً من إنتهاء أجل خطاب الضمان الصادر من البنك الأجنبى للمستفيد.

ويلتزم التزاما غير مشروط بدفع قيمة خطاب الضمان المقابل عند أول طلب كتابى أو برقياً أو بالتلكس أو بالفاكس فى حدود مبلغه المذكور فيه مضافاً اليه الفوائد من تاريخ الطلب إلى تاريخ الدفع دون منازعه وكذلك دفع العموله والتكاليف الآخرى للبنك الاجنبى لاصداره هو خطاب الضمان المحلى للمستفيد.

وإذا أوقف صرف خطاب الضمان المحلى بحكم أو أمر قضائى يمتد أجل خطاب الضمان المقابل.

ويحكم هذا الضمان المقابل قانون تركيا - والاختصاص لمحاكم تركيا ويخضع للقانون رقم ٢٨٨٦ الصادر فى تركيا فى ١٩٨٣/٩/٩ وطبقاً للمادة ٢٦ منه يرتبط أجل الضمان بأجل العقد الأصلى وكذلك الضمان المقابل.

وعلى ذلك فإن أجل الضمانين السابق ذكرهما يكونا عَبَثاً طالما أن القانون التركى هو الذى يحكم العلاقة فى الضمانين والاختصاص لمحاكمها.

١٢ - نموذج لتعليمات بنك ايرانى باصدار خطاب ضمان محلى مقابل خطاب ضمان مقابل

يشير فيه الى أن عميله (فلان) - يرغب فى اصدار خطاب ضمان للمستفيد (فلان) - لضمان حسن التنفيذ فى عقد (كذا) المؤرخ فى (كذا) طبقاً للنص الآتي :

(ويذكر النص لخطاب الضمان المطلوب من البنك الاجنبى اصداره)

ويلتزم البنك الايرانى أن يصدر للبنك الاجنبى خطاب ضمان مقابل يغطى البنك الاجنبى عند صرف المستفيد للخطاب الأول - والضمان المقابل مستحق بمجرد الطلب وينتهى أجله فى تاريخ (كذا)——— إذا مد المستفيد أجل الضمان المحلى - وإذا كان البنك الاجنبى غير راغب فى المد - يكون من حقه الدفع طبقا لشروط الضمان المحلى الصادر منه.

ويلتزم البنك الايرانى بدفع قيمة خطاب الضمان المقابل مضافاً اليها المصاريف وعمولات البنك الاجنبى - والفوائد من تاريخ المطالبه الى تاريخ الدفع بواقع ٢٪ بمجرد الطلب - وينتهى التزام البنك الامراتى فى تاريخ (كذا -. وإذا طلبتم مد أجل الضمان المقابل ولم نوافق على ذلك فيتم الدفع فورا - ويمتد خطاب الضمان المقابل إذا امتد أجل خطاب الضمان المحلي لمدة شهرين.

والقانون الواجب التطبيق هو القانون الايرانى والاختصاص لمحاكم ايران.

وهنا يلزم مراجعة البنك الاجنبي لاحكام المحاكم ونصوص القانون الايرانى قبل اصدار الضمان إذا قبله بهذه الشروط.

ثانياً فى البلاد الاروبية

نماذج لصياغات خطابات الضمان البنكي لبعض البنوك فى دول اوربا

توضيح

خطاب الضمان البنكي ، الصادر عن البنوك الاوربية انما يصدر بلغتها ، ولا نجد ضروره لترجمتها إلى اللغه العربيه لأن التعامل مع صياغته سوف يتم ويرد إلى نصه باللغة الاجنبيه.

هذا علاوه على أى ترجمته يلزم فيها موافقة البنك المصدر عليها فكل لغه لها كلماتها المتخصصه . وكل بنك يعنى من صياغاته معانى مختلفه لذلك آثرنا أن نسجل صياغه ضمانات البنوك باللغة المعتمده لديها وألتى تكتب بها خطابات الضمان الصادره عنها ، وراعينا أن تكون اللغه الانجليزية ليسهل على قارئ هذا الكتاب فهمها دون اللغات الاخرى التى وصلتنا نمازجها بلغات غير الانجليزية من بنوك مختلفة حول العالم . ولكننا سوف نجرى عليها قراءة وتعليق.

في سويسرا

نموذج لخطاب ضمان الدفعة المقدمه

LETTER OF INDEMNITY

(Advance payment Guarantee)

Dear Sire ,

You concluded a contract No .... with Messrs.

on .... for the supply of .... at a price of.......................

According to the terms of the contract you will make an advance Payment of.................... to Messrs................................As security for the Possible claim for the refund of the advance Payment, in the event that the merchandise is not delivered in conformity with the terms of the contract, an indemnity by a bank shall be furnished.

At the request of Messrs ....**we, the UNION BANK OF SWITZERLAND, hereby irrevocably undertake to refund to you on your first demand, irrespective of the validity and the effects of the above mentioned contract and waiving all rights of objection and defense arising from said contract**, the advance payment in the amount of

upon receipt of your written and duly signed request for **payment and your written confirmation that messrs** .... have failed to deliver the ordered merchandise or not delivered such merchandise as specified in the above mentioned contract .

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation hereunder have to be presented to us through the intermediary of a first rate bank confirming that the signatures thereon are binding for your firm.

The amoun of this indemnity will automatically be reduced proportionally to the value of each part - shipment upon receipt by us of an invoice - copy, issued by Messrs .... It expires, however, on

in full and automatically, if your written request for payment and your written confirmation together with a first rate bank's confirmation of your signatures are not in our possession on or before thet date.

This letter of indemnity enters into force only after receipt by us of the advance payment in Favour of Messrs ....

This undertaking is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich 1 .

YOURS VERY TRULY,

UNION BANK OF SWITZERLAND

نموذج لخطاب ضمان التعويضات فى سويسرا

LETTER OF INDEMNITY

Dear Sire ,

You concluded a contract No.. with .... on .... for the supply of .... at a price of .... As security for the payment of the merchandise, an indemnity by a bank shall be furnished.

At the request of .... we, **the UNION BANK OF SWITZERLAND, hereby irrevocably underakc to pay you on first demand,** irrespective of the validity. and the effects of the above mentioned contract and waiving all rights of objection and defense arising from said contract, any amount up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your written confirmation that

a) You have delivered the merchandise in conformity with the contract and that

b) You have not received payment at maturity for the sum claimed under this letter of indemnity .

The total amount of this indemnity will be reduced by any payment effected by us hereunder .

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation hereunder have to be presented through the intermediary of a first rate bank confirming that the signatures thereon are binding for your firm.

Our undertaking is valid until

and expires in full and automatically if your written request for payment and your written confirmation, together with a first rate bank's verification of your signatures, are not in our possession on or before that date.

This indemnity is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich 1.

YOURS VERY TRULY,

UNION BANK OF SWITZERLAND

جـ- نموذج لخطاب ضمان التنفيذ فى سويسرا

PERFORMANCE BOND

Dear Sire

You have concluded on .... with Messrs. .... ,a contract No. for the delivery of......................... at a price of As security for the due Performance of the delivery, an indemnity by a bank shall be furnished.

At the request of Messrs .... we, the UNION BANK OF SWITZERLAND, herewith irrevocably undertake to pay you on first demand, irrespective of the validity and the effects of the above mentioned contract and waiving all rights of objection and defense arising from said contract, any amount up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your written confirmation that Messrs.. have failed to deliver the ordered merchandise or not delivered such merchandise as specified in the above mentioned contract.

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation hereunder have to be presented to us through the intermediary of a first rate bank confirming that the signatures thereon are binding for your firm.

our indemnity is valid until

and expires in full and automatically if your written request for payment and your written confirmation together with a first rate bank's confirmation of your signatures are not in our possestion on or before that date.

This indemnity is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich 1.

YOURS VERY TRULY,

UNION BANK OF SWITZERLAND

جـ- نموذج لخطاب ضمان إبتدائي في سويسرا (٤)

BID BOND

Dear Sire

Messrs.. submitted on ....

their Bid No. .... For the supply of............................under your Bid invitation No. .... dated..

At the request of Messrs

we, the UNION BANK OF SWITZERLAND, herewith irrevocably undertake to pay you on first demand, irrespective of the validity and the effects of the above mentioned bid and waiving expressly all rights of objection and defense arising from said, any amount up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your written confirmation that Messrs have not complied with the conditions of their offer No. dated

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation hereunder have to be presented to us through the intermdiary of a first rate bank confirming that the signatures thereon are binding for your firm.

our indemnity is valid until

and expires in full and automatically if your written request for payment and your written confirmation together with a first rate bank's confirmation of your signatures are not in our possession on or before that date.

This indemnity is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich 1 .

YOURS VERY TRULY,

UNION BANK OF SWITZERLAND

هـ- نموذج لخطاب ضمان مقابل في سويسرا (٥) :

COUNTER GUARANTEE (Letter of Indemnity)

Dear Sire,

You have issued on .... at the request of ....
.... on behalf of the consortium ....
.... your PERFORMANCE BOND No. .... for the amount of .... in favour of
.... valid until .... Our client .... has a 20& share in this indemnity according to the consortium agreement.

At the request of ....we, the BANK, herewith irrevocably undertake to pay you on first demand, waiving all rights of objection and defense, any amount up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your confirmation that you were obliged to effect bayment under your bond No. and that owes you the amount claimed under the above mentioned indemnity.

The amount of this indemnity will automatically be reduced proportionatelyto each payment effected.

our indemnity is valid until

and expires in full and automatically if your request for pay ment and your confirmation are not in our possession on or before that date.

This undertaking is governed by law, place of jurisdiction is

فـــي ايرلنــدا

١- نموذج لخطاب ضمان تعويض دفعه مقدمه

Letter of Imdemnity

PLEASE ADVISE, ON OUR BEHALF AND UNDER OUR RESPONSIBILITY, OUR ADVANCE PAYMENT GUARANTEE IN ACCORDANCE WITH THE FOLLOWING SCHEDULE AND TEXT, WITHOUT ENGAGEMENT ON YOUR PART. PLEASE ACKNOWLEDGE YOUR COMPLIANCE WITH THIS REQUEST IN DUE COURSE.

GUARANTEE SCHEDULE :

OUR REF :

PRINCIPAL :

BENEFICIARY :

AMOUNT :

EXPIRY DATE :

CONTRACT :

GUARANTEE TEXT :

AT THE REQUEST OF.., WE, ... HEREBY IRREVOCABLY UNDERTAKE TO REFUND TO ...., ON FIRST DEMAND, IRRESPECTIVE OF THE VALIDITY AND THE EFFECTS OF THE ABOVE MENTIONED CONTRACT AND WAIVING ALL RIGHTS OF OBJECTION AND DEFENCE ARISING FROM SAID CONTRACT, THE ADVANCE PAYMENT IN THE AMOUNT OF...................................... UPON RECEIPT OF YOUR WRITTEN AND DULY SIGNED REQUEST FOR PAYMENT AND YOUR WRITTEN CONFIRMATION THAT .... HAVE FAILED TO DELIVER THE ORDERED MERCHANDISE OR NOT DELIVERED SUCH MERCHANDISE AS SPECIFIED IN THE ABOVE MENTIONED CONTRACT.

FOR THE PURPOSE OF IDENTIFICATION, YOUR REQUEST FOR PAYMENT AND YOUR CONFIRMATION HEREUNDER HAVE TO BE PRESENTED TO US THROUGH THE INTERMEDIARY OF A FIRST RATE BANK CONFIRMING THAT THE SIGNATURES THEREON ARE BINDING FOR YOUR FIRM.

THE AMOUNT OF THIS INDEMNITY WILL AUTOMATICALLY BE REDUCED PROPORTIONALLY TO THE VALUE OF EACH PART - SHIPMENT UPON RECEIPT BY US OF AN INVOICE-COPY, ISSUED BY...

THIS INDEMNITY EXPIRES, HOWEVER ON .... IN FULL AND AUTOMATICALLY, IF YOUR WRITTEN REQUEST FOR PAYMENT AND YOUR WRITTEN CONFIRMATION TOGETHER WITH A FIRST RATE BANKS CONFIRMATION OF YOUR SIGNATURES ARE NOT IN OUR POSSESSION ON OR BEFORE THAT DATE.

THIS LETTER OF INDEMNITY ENTERS INTO FORCE ONLY AFTER RECEIPT BY THIS BANK, UNDER OUR REFERENCE : OF THE ADVANCE PAYMENT AMOUNT IN FAVOUR OF...

THIS UNDERTAKING IS PERSONAL TO YOU AND IS NO ASSIGNABLLE.

THIS UNDERTAKING IS GOVERNED BY IRISH LAW, PLACE OF JURISDICTION IS DUBLIN, REPUBL OF IRELAND.

REGARDS

٧ - نموذج لطلب خطاب ضمان من ايرلندا

PLEASE URGENTLY ISSUE, ON OUR BEHALF AND UNDER OUR RESPONSIBILITY, YOUR BID BOND WITH THE FOLLOWING SCHEDULE AND TEXT :

GUARANTEE SCHEDULE

PRINCIPAL :

BENEFICIARY :

AMOUNT :

EXPIRY DATE :

CONTRACT :

GUARANTEE TEXT

1 - IN ACCORDANCE WITH THE FOREGOING CONDITIONS, WE.. HEREBY UNDERTAKE TO PAY YOU, UPON YOUR FIRST SIMPLE DEMAND BY AUTHENTICATED TELEX, OR IN WRITING, DESPITE ANY DISPUTE BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES, A SUM OR SUMS NOT EXCEEDING .... PROVIDED THAT YOUR DEMAND STATES THAT YOU RECEIVED A SIGNED STATEMENT FROM THE BENEFICIARY, VERIFIED BY THEIR BANKERS CONFIRMING THAT .... WERE AWARDED THE ABOVE CONTRACT AND FAILED TO BECOME PARTY THERETO.

2 - WE UNDERTAKE TO KEEP YOU INDEMNIFIED FOR ANY LOSS OR DAMAGE YOU MAY INCUR BY ISSUING THIS GUARANTEE, PROVIDED THAT AT ALL TIMES OUR LIABILITY SHALL BE LIMITED AS SPECIFIED IN PARAGRAPH 1.

ABOVE.

3 - DEMANDS, AS SPECIFIED, MUST BE REOEIVED AT .... WITHIN 15 DAYS AFTER THE EXPIRY DATE MENTIONED ABOVE.

EXCHANGE CONTROL APROVAL OF THE CENTRAL BANK OF IRELAND TO ISSUE THIS GUARANTEE IS HELD BY OURSELVES.

THIS UNDERTAKING IS ISSUED UNDER OUR REFERENCE .... AND ALL CORRESPONDENCE IN RESPECT OF SAME SHOULD QUOTE THIS NUMDER.

THIS UNDERTAKING IS PERSONAL TO YOU AND IS NOT ASSIGNABLE.

PLEASE NOTE THAT THIS TELEX REQUEST IS EXTREMELY U R G E N T

PLEASE FORWARD TO US, AS SOON AS POSSIBLE, TOW TRANSLATED COPIED OF THE BOND WHICH YOU HAVE ISSUED.

OUR REF : COMMERCIAL CREDITS..

في انجلترا

٨ - نموذج لخطاب ضمان الدفعة المقدمة فى إنجلترا

Advance payment guarantee

OGBASICAPG

TO :

Beneficiary

Dear sir,

OUR GUARANTEE NO OG

We hereby guarantee (Name and address of Supplier) (hereinafter referred to as the "Supplier ") to the extent of (Amount in words and figures) being an Advance Payment Guarantee for the supply of (Goods / Services coverd) being the amount you have agreed to pay in advance.

We undertake to pay the amount of this Guarantee on your first written demand stating that the supplier has failed to fulfil their obligations.

This Letter of Guarantee shall be valid until (Date) after which date our liability shall cease and no subsequent claims may be entertained.

The terms of this Guarantee shall be governed by and construed in accordance with English Law.

Please return this Letter of Guarantee to us immediately upon its expiry.

Yours faithfully,

Manager

٩ - نموذج لخطاب ضمان التنفيذ فى إنجلترا

Performance Guaramtee

OGBASICPERF

To :

Beneficiary

Dear sir,

OUR GUARANTEE OG

We understand that you have entered into a contract with (Name and Address of Supplier) for the supply of (Goods covered) and that under such contract the applicant must provide a Bank Performance Guarantee for an amount of (Amount in words and figures) being x % of the total value of the contract.

We, the Bank of Scotland, 55 01d Broad Street, London Ec2 and having our Head office at The Mound, Edinburgh hereby guarantee payment to you on demand of up to (amount in words and figures) in the event of the applicant failing to fulfil the said contract provided that your claim is received in writing at this office accompanied by your statement that the applicant has failed to fulfil the contract.

This guarantee shall expire at the close of business on the (date) and shall be returned to us for cancellation.

The terms of this Guarantee shall be governed by and construed in accordance with English Law.

Yours faithfully,

Manager

١٠ - نموذج خطاب ضمان من انجلترا لرد ما سبق دفعه

Repayment guarantee from a British bank

OUR REFERENCE :

WHEREAS we are informed that ... (hereinafter referred to as 'the Contractors') have entered into a contract with you under your Purchase order ... dated ... for the supply of ... and that under the terms of the said contract a Progress Payment of ... representing ... of the total contract value is payable to the contractors against a Bank guarantee.

NOW, IN CONSIDERATION of your paying a Progress Payment of £ ... to the contractors, we (name and address of the bank) HEREBY GUARANTEE to refund to you the said Progress Payment of £ ... (say...) in the event of the Contractors failing to fulfil the terms and conditions of the Contract.

This guarantee will become operative upon issue of our amendment making it effective, which will be issued upon receipt by us of written confirmation from ... that the latter has received the Progress payment of ...

Our liability hereunder shall reduce prorata by ... percent of the value of ... effected, as evidenced by representation to us by ... of ... (documents) ... showing the ..., which shall be accepted as conclusive evidence that ... has been effected.

This guarantee shall remain valid until ... (date) ... and any claim hereunder must be received at this office within the validity of the guarantee accompanied by you written declaration that the Contractors have failed to fulfil the terms and conditions of the Contract, and such declaration shall be accepted as conclusive evidence that the amount claimed is due to you.

Upon exiry, this guarantee shall become null and void, whether returned to us for cancellation or not.

This guarantee shall be construed in accordance with the Laws of England.

١١ - نموذج من هولاندا خطاب ضمان الدفعه المقدمه

Advance payment guarantee from a Dutch bank

ADVANCE PAYMENT GUARANTEE

THE UNDERSIGNED

(Name of the bank), established at Rotterdam, also having a branch at .... hereinafter referred to as 'the Bank'

TAKING INTO CONSIDERATION THAT :

- an agreement has been entered into between ......, hereafter to be referred to as 'the Buyer', and ...., hereafter referred to as 'the Supplier' regarding .... at the purchase price of .... , on .... 19 .... which agreement is hereafter referred to as 'the Agreement';

- as condition for the advance payment to this purchase price of NLG ...... by the Buyer to the Supplier, it has been agreed that the Supplier shall provide a bank guarntee for the amount of NLG .... (say : ....) as security for the fulfilment by the Supplier of their obligations under the above mentioned Agreement and for the reimbursement of any damages which the Buyer may suffer as a result of any failure on the part of the Supplier to fulfil their obligations under the Agreement, including the failure of the possible restitution of the above mentioned advance payment;

HEREBY DECLARES :

that the Bank herewith issues a guarantee, without any other conditions than those stated hereinafter, to the maximum amount of .... (say : ....) on behalf of the Supplier in favour of the Buyer, as security for the fulfilment of all the Suppliers obligations under the Agreement, in case the Supplier does not fulfil their obligations or in case the Agreement has been annulled.

The Bank shall pay the amount as indicated by the Buyer, however only up to the maximum amount as specified hereinabove, at the Buyers first written request, in which the Buyer also gives notice to the Bank.

1 - that according to their judgement, the Supplier fails to fulfil their obligations under the Agreement, and of.

2 - the amount of the claim which according to their judgement, Buyer has against the Supplier under the Agreement.

For the purpose of identification the Buyer's request for payment has to be presented through the intermediary of a first rate bank confirming that the Buyer's signatures have been verified and authenticated by this bank.

With each payment hereunder the maximum amount shall be decreased accordingly.

This guarantee shall become effective immediately upon receipt of the amount of .... from the Buyer into the Supplier's account with the Bank, number ...., and shall expire on ...... 19 .... 17.00 h Dutch time. Any request for payment under the terms of this guarantee must therefore be received by the Bank prior to this time.

Dutch law is applicable to this guarantee. Place of jurisdicition is Rotterdam .

١٢ - نموذج لخطاب إعتماد مستندى أمريكا والفلبين

STANDBY LETTER OF CREDIT

We hereby issue our irrevocable letter of credit no.... in favor of.... (beneficiary) , for account of .....(accounte), with reference to .... (project, name, description and date) for amount of .... (words and figures) only.

Available by your drafts at sight drawn on (issuing bank's name and address).

drafts must be accombanied by (indicate accompanying documents riquired by both accountee and beneficiary)

This letter of credit sets forth in full th terms of our undertaking and such undertaking shall not in any way be modified, amended or amplifiedby reference to any document, instrument or agreement referrad to herein or in which this letter of credit relates and any such reference to any document instrument or agreement shall not by deemed to be incorporated herein by reference.

This letter of credit came in force on (effective date) and will be automatically null and void on (expiry date) .

Drafts must be drawm and negotiated not later than (date) . each draft must state that it

is ' drawn under (issuing bank's name), letter of credit no. and date'. blease add your confirmation on this full and operative latter of credit, charges shall be for our account.

we hereby agree with the drawers, endorsers, and bonafide holders of all drafts drawn under and in conpliance with the terms of this credit that such drafts will be duly honored upon presentation of the drawee.

this letter of credit is ssubject to the uniform customs and practices for documentary credits 1974 revision international chamber of commerce .

١٣ - نموذج من امريكا الاعتماد مستندى بالضمان

Standby letter of credit from an American bank

(name and address of the bank)

To : ....

We hereby issue our irrevocable standby letter of credit No. .... valid until .... by order of .... in favour of ...., amounting to USD .... and available against presentation of the undermentioned documents at our counters in ....

Convering : .... (description of goods and/or services)

Documents required :

1 - Beneficiary's sight draft drawn on us, mentioning our standby letter of credit number.

2 - beneficiary's signed written statement to the effect that the amount of any draft(s) drawn hereunder represents funds due and payable because invoice(s) which are attached, in the name of ....., remain unpaid after net .... days from invoice due date, attaching thereto copyof unpaid invoice(s) and copy title document (s) accordingly.

Partial payments are not allowed unless there have been partial payments made by the applicant. All commissions and banking charges outside opining bank are for the beneficiary's account. We shall effect payment as per your instruction after receipt at our counters of credit conforming documents.

This standby letter of credit is subject to UCP ICC Publ. No. 500 (1993) revision).

١٤ - نموذج من الفلبين باعتماد مستندي بالضمان

10. Standby letter of credit from a Philippine bank

STANDBY LETTER OF CREDIT

We hereby issue our irrevocable letter of credit no ... in favor of ... (beneficiary), for account of .... (accountee), with reference to ...)project, name, description and date) for amount of ... (words and figures) only.

Available by your drafts at sight, drawn on (issuing bank's name and address).

Drafts must be accompanied by (indicate accompaying documents required by both accountee and beneficiary).

This letter of credit sets forth in full the terms of our undertaking and such undertaking shall not in any way be modified, amended or amplified by refernce to any document, instrument or agreement referred to herein or in which this letter of credit relates and any such reference to any document, instrument or agreement shall not be deemed to be incorporated herein by reference.

This letter of credit comes in force on .... (effective date) and will be automatically null and void on .... (expiry date).

Drafts must be drawn and negotiated not later than .... (date). Each draft must state that it is 'drawn under (issuing bank's name), letter of credit no and date'.

We hereby agree with the drawers, endorsers, and bonafide holders of all drafts drawn under and in compliance with the terms of this credit that such drafts will be duly honored upon presentation of the drawee.

This letter of credit is subject to the uniform customs and practice for documentary credits 1993 revision international chamber of commerce publication 300.

قــراءة وتعليــق عــلى النمــاذج
خطابات الضمان البنكيـه فى أوروبـا

أولاً - فى سويسرا (النمـاذج مـن ١ إلى ٥)

تحصيل نموذج رقم ١ لخطاب ضمان

الدفعه المقدمه

بناء عن طلب السـاده .... نضمن نحن بنك .... ضـمـان نهـائى عند الطلب أن ندفع لكم المبلغ المدفوع مقدما منكم لعملينا .... طبقاً لعقده معكم المشار اليه أعلاه – وقيمة هذا الضمان هى مبلغ .... يدفع لكم بمجرد تقديم طلب كتابى منكم من خلال بنك درجه أولى ——— يؤكدو صحة توقيعكم وصفتكم وتذكرون فيه أن الآمر لم يورّد البضاعة طبقاً لشروط ومواصفات العقد. ويتم تخفيض قيمة هذا الضمان بقيمة ما يتم شحنه لكم طبقاً لصوره الفاتورة المرسله لنا من خلال عميلنا. وينتهى هذا الضمان بنهاية أجل فى .... إذ لم يقدم طلب الصرف الكتابى منكم على النحو الموضح قبل أو فى تاريخ أجل هذا الضمان – ويسرى هذا الضمان بعد دفعكم الدفعه المقدمه فى حساب عميلنا فى هذا البنك – ويحكم هذا الضمان القانون السويسرى والاختصاص القضائى لمحكمة زيورخ سويسرا.

تحصيل نموذج رقم ٢ من سويسرا

لخطاب ضمان تعويض

تقدم لكم خطاب ضمان مستحق عند الطلب لضمان تنفيذ العقد المشار إليه أعلاه – يصرف لكم دون أى اعتراض من عميلنا مؤسس على عقده معكم . وذلك فى حدود بمبلغ .... بناء عن طلب كتابى منكم يصلنا من خلال بنك درجه أولى بضمان صحة توقيعكم وصفتكم – تذكرون فيه أنكم وردتم البضاعة المنصوص عليها فى عقدكم ولم تقبضوا ثمنها بالقيمه الطالب بها منكم . وسوف يصير تخفيض قيمة هذا الضمان المذكوره أعلاه بقيمة ما يتم دفعه لكم منا . ومدة سريان هذا الضمان حتى تاريخ ....

ويلزم أن تصلنا مطالبتكم قبل أو حتى هذا التاريخ . يحكم هذا الضمان القانون السويسرى والاختصاص القضائى لمحكمة زيورخ فى سويسرا .

تحصيل النموذج رقم ٣ من سويسرا

بضمان تنفيذ

بناء عن طلب عميلنا الاسم .... تقدم لكم ضمان تنفيذ لعقده معكم – وهذا الضمان مستحق عند الطلب دون التفات لأى اعتراض مؤسس على عقدكم مع عميلنا . وسوف ندفع لكم قيمة هذا الضمان الموضحه أعلاه – بناء عن طلب كتابى منكم يقدم من خلال بنك درجة أولى يؤكد صحة توقيعكم وصفتكم – تذكرون فيه أن عميلنا لم يورد لكم البضاعة المتفق عليها تعاقديا أو طبقا للمواصفات وينتهى أجل هذا الضمان فى تاريخ .... ويلزم أن تصلنا المطالبه خلال هذا الاجل . ويحكم القانون السويسرى هذا الضمان ومحكمة زيورخ بسويسرا هى المختصه .

تحصيل النموذج رقم ٤ لخطاب ضمان

توريد من سويسرا

ذات الصياغــه

تحصيل النموذج رقم ٥ لخطاب مقابل من سويسرا فى Consortium

تأسسا على اصداركم لخطاب ضمان بناء عن طلب عملنا الاسم .... ضمانا لحسن التنفيذ رقم .... وصالح حتى تاريخ .... وبالاشتراك مع Consortium من البنوك . – نلتزم نحن بنك .... بنسبه قدرها ٢٠٪ من قيمة التعويض طبقا لاتفاق الـ Consortium وهذا الضمان مستحق بمجرد الاطلاع بهذه النسبه من قيمة الضمان الكلى بمبلغ .... يصرف لكم بناء عن طلب كتابى منكم تقرون فيه أنكم تستحقون صرف القيمه . ويختص هذا الضمان بقيمة أى دفعه تدفع لكم . وأجل هذا الضمان حتى تاريخ .... ويلزم أن تصلنا مطالبتكم خلال هذا الأجل . ويحكم هذا الضمان القانون ولاختصاص معقود لمحاكم ....

وجميع الصياغات الخمسه من سويسرا مقبوله ومتفقه مع العرف الدولى بخصوص الضمانات البنكيه فى التجارة الدولية

قراء وتعليق على نماذج من ايرلندا

٦- تحصيل نموذج ايرلندى بضمان دفعه مقدمه

نرجو أن تقدموا نيابه عنا – وتحت مسئوليتنا باصدار خطاب ضمان دفعه مقدمه طبقا للنص الآتى
.... اسم الآمر .... اسم المستفيد .... قيمة الضمان
.... أجل الضمان .... العقد الأصلى ....

نص الضمان

بناء عن طلب .... نلتزم أن نرد لكم عند أول طلب منكم – خلال مدة صلاحية هذا الضمان – وتأسيسا على العقد المشار إليه أعلاه دون إقحام هذا العقد أو إقامة أى أثر له على هذا الضمان – نلتزم أن نرد لكم – الدفعه المقدمه مقدارها .... وذلك بناء عن طلب كتابى يقدم من خلال بنك درجه أولى – لتأكيد صحة توقيعكم وصفتكم – تؤكدون فيه أن الآمر قد تخلف عن توريد البضاعة أو أنها مخالفه لمواصفات التعاقد .

ويجرى تخفيض قيمة هذا الضمان بقيمة كل توريد لكم بناء عن صوره فاتوره تقدم لنا من جهه .... وسوف ينتهى هذا الضمان بكامل قيمته – إذا لم تصلنا مطالبتكم فى أجله الموضح . ولا يسرى هذا الضمان إلا إذا دفعتم الدفعه الأولى لحساب الآمر فى هذا البنك ومن تاريخ هذا الدفع . وهذا الضمان شخص لكم غير قابل للتحويل – ويحكم هذا الضمان القانونى الايرلندى والاختصاص معقود لمحاكمها .

تحصيل النموذج رقم ٧ لطلب خطاب ضمان لبنك ايرلندى

نفس البيان السابقه فى النموذج رقم ٦ المصدر بها الطلب ونحصل الضمان كالأتى : نلتزم أن ندفع لكم عند أول مطالبة كتابية – دون الالتفات إلى أى معارضه مبلغ .... وتكون مطالبتكم مرفقا بها اقرار يصلنا من خلال بنك تؤكدون فيه أن الآمر لم ينفذ عقده المشار إليه أعلاه . ومسئوليتنا هى فقط فى حدود مبلغ الضمان المذكور أعلاه – ويلزم أن تتم المطالبه فى حدود أجل هذا الضمان الموضح . وقد تم أخذ موافقة رقابة النقد على هذا الضمان . وهذا الضمان شخص غير قابل للتظهير ونرجو ارسال نسختين من سند الضمان بعد اصداره

تعليق

وهذين الضمانين عن بنوك ايرلندا مقبولين ويتفقا مع العرف الدولى .

نماذج لخطابات ضمان من بنوك
فـى انجـلتـرا

تحصيل النموذج رقم ٨ خطاب ضمان دفعه مقدمه

اسم المستفيد ....

خطاب ضمان رقم ....

تضمن لكم نيابه عن عميلنا .... فى حدود مبلغ .... الدفعه المقدمه منكم – ونلتزم بدفع قيمة هذا الضمان عند أول طلب كتابى تذكرون فيه أن الآمر لم ينفد التزامه معكم – ويسرى هذا الضمان حتى تاريخ .... ويلزم طلبكم الصرف قبل أو فى هذا التاريخ ، ويحكم هذا الضمان القانون الانجليزى رجاء رد سند الضمان بعد إنتهاء أجله .

تحصيل النموذج رقم ٩ خطاب ضمان تنفيذ

اسم المستفيد

رقم الضمان

علمنا أنكم تعاقدتم من عميلنا الآمر .... على توريد بضاعه هى .... وطبقا لشروط تعاقدكم – يلزم أن يقدم عميلنا خطاب ضمان تنفيذ بمبلغ .... ونضـمن نحن بنك .... فـى حدود مـبلغ .... أن ندفع لكم عند الطلب فى حدود المبلغ أعلاه إذا أخفق العميل فى تنفيذ التزامه التعاقدى معكم – على أن تصلنا مطالبتكم المكتوبه فى أجل الضمان حتى تاريخ .... ويرفق بطلب الصرف اقرار منكم بأن العميل لم ينفذ عقده طبقا لشروطه – وينتهى هذا الضمان بإنتهاء أجله ويلزم رد سنده – ويحكمه القانون الانجليزى.

تحصيل النموذج رقم ١٠ من بنك انجليزى عن رد دفعه مقدمه

علمنا أنه قد تم تعاقدكم مع عميلنا .... بمقتضى العقد المؤرخ فى .... على توريد .... طبقا لشروط هذا العقد – ويتم دفع دفعه مقدمه منكم طبقا لشروط العقد مقابل خطاب ضمان بنكى . لهذه الدفعه المقدمه مبلغ ....

نضمن لكم رد هذه الدفعه المقدمه فى حدود قيمة هذا الضمان وهو مبلغ .... إذا ما

تخلف عملنا عن تنفيذ التزامه التعاقدى معكم ويسرى هذا الضمان من تاريخ دفعكم فى هذا البنك الدفعه المقدمه لحساب العميل ويجرى تخفيض قيمة هذا الضمان تأسيسا على المستندات لنا من طرف ثالث هو .... يوضح فيه أسس هذا التخفيض وأسبابه . ويسرى هذا الضمان حتى نهاية أجله فى تاريخ .... ويمطالبتكم يلزم أن تكون كتابه وتتضمن اقراركم بأن العميل لم ينفذ التزامه التعاقدى معكم وإن المبلغ الذى تطلبوه مستحقا لكم - وينتهى هذا الضمان بإنتهاء أجله ردت ورقته أو لم ترد ويحكم هذا الضمان القانون الانجليزى .

تعليـــق

والنماذج الثلاثه المنقوله عن البنوك الانجليزى مقبوله ومتفقه مع العرف الدولى لخطاب الضمان

هـــولـــنــــدا

نموذج رقم ١٠ من هولندا لضمان ألدفعه مقدمه

طبقا لما تم الاتفاق عليه بين كل من

١) فلان المشترى   ٢) فلان المورد

وذلك بمقتضى العقد المؤرخ فى .... والخاص .... وقيمته ....
وذكر الجمله قدرها .... لضمان تنفيذ التزامه بالتوريد طبقا لشروط التعاقد المذكور وكذلك لتعويض أى ضرر يلحق المشترى وتغطية الدفعه المقدمه .

ويصدر هذا البنك خطاب ضمان بالشروط الآتى ذكرها بقيمه قدرها .... نيابه عن المورد لصالح المشترى - وإذا تخلف المورد عن تنفيذ التزامه فسوف يقدم البنك بالدفع المبلغ الذى يحدده المشترى دون تجاوز لقيمة هذا الضمان وفى حدودها عند المطالبة بشرط :

١ - أن تكون المطالبه مرفقا بها اقرار منكم بتخلف المورد عن تنفيذ التزامه التعاقدى .

٢ - أن قيمة التعويض مؤسسا على العقد الأصلى ويلزم تقديم طلب الصرف من خلال بنك درجه أولى يضمن صحة توقيع المستفيد وصفته - كما يجرى خصم أى مدفوعات سابقه . ويبدأ سريان هذا الضمان من تاريخ دفع الدفعه المقدمه فى هذا البنك لحساب العميل . ويحكم هذا الضمان القانون الهولندى - وتختص قضائيا به محكمة روتردام.

تعليق

يرى بعض الشراح أن خطاب الضمان هو فقط خطاب الضمان غير المشروط المستحق عند الطلب ونحن لسنا من هذا الرأى – فخطاب الضمان يمكن أن يكون مشروطا – ونرى أن صياغة هذا الضمان مقبول وتساير العرف الدولى فى خطابات الضمان المشروطه .

فى امريكا

نموذج رقم ١١ لخطاب اعتماد مستندى

بالضمان Stand by letter of credit

هذه الصياغه نص فيها على خضوعها للقواعد الموحده للاعتمادات المستندية الصادره سنة ١٩٧٤ ونحصلها فى الآتى :

نصدر بمقتضى هذا خطاب إعتماد مستندى بالضمان غير قابل للرجوع فيه للمستفيد .... وذلك بناء على .... بقيمة قدرها .... يدفع بمجرد الاطلاع ويرفق عند الصرف المستندات الآتية : – .... تذكر، وهذا الاعتماد بالضمان غير قابل للرجوع فيه أو التعديل أو ربطه بأى مستند أو الاتفاق ويسرى اعتباراً من .... ويلغى بعد فوات أجله فى .... ويلزم التقدم للصرف فى موعد غايته .... ويلزم ذكر اسم البنك الفاتح للاعتمادات بالضمان ... الخ

نموذج من أمريكا رقم ١٢ لخطاب أعتماد مستندى بالضمان

Stand-by Letter of Credit

هذا النموذج نص فيه على خضوعه للقواعد الموحده الصادره عن I.C.C. سنة ١٩٩٣ UCP وهذا تحصيل لصياغته.

اعتماد مستندى بالضمان رقم .... صالح حتى تاريخ .... بناء عن طلب .... المستفيد فيه .... بمبلغ .... قابل للصرف بمجرد الاطلاع مغطيا .... والمستندات المطلوبة عند الصرف هى : – ١) كمبيالة

مسحوبه علينا يشار فيها الى الاعتماد المستندى بالضمان (٢) اقرار كتابى من المستفيد يقرر فيه أن القيمه مستحقه الدفع تأسيساً على الفاتورة المرفقة باسم .... وأنها لم تدفع والدفع الجزئى غير مقبول الا إذا كان البنك فاتح الاعتماد هو الذى دفع جزئياً – وجميع العمولات تحمل على المستفيد وكذلك أى مطلبات للبنك – وسوف نقوم بالدفع بعد استلام الاعتماد بالضمان والمستندات.

الفلبين

نموذج رقم ١٣ من الفلبين باعتماد مستندى بالضمان

Stand-by Letter of Credit

نص فيه على خضوعه لقواعد ن .I.C.C الصادره سنة ١٩٩٣ UCP ونحصل مضمونه فى الآتى : –

هذا الاعتماد المستندى بالضمان غير قابل للرجوع فيه صادر للمستفيد .... – لحساب .... تأسيسا على .... فتح بمعرفة بنك ....

ويلزم للصرف ارفاق المستندات الآتية به .... وهذا الاعتماد بالضمان غير قابل للالغاء أو التعديل ويسرى اعتبارا من تاريخ .... وحتى .... وبعد هذا التاريخ يعتبر لاغيا.

تعليق

والنماذج الثلاثة يحكمها القواعد الموحده المشار اليها فيها وعلى ذلك فنصها أيضا خاضع شكلا وموضوعا لهذه القواعد الموحده – وهى موافقة للسائد فى صياغة الاعتماد المستندى بالضمان.

٢ – نموذج من .I.C.C لخطاب ضمان مقاولات

1. ICC Model Form for tender guarantee

BANK'S NAME, AND ADDRESS OF ISSUING BRANCH OR OFFICE

Beneficiary : .... Date : ....

(name and address)

TENDER GUARANTEE No.

We have been informed that .... (hereinafter called 'the Principal'), re-

sponding to your invitation to tender No ....

dated .... for the supply of ....

(description of goods and/or services), has sumitted to you his offer No. ....

dated ....

Furthermore, we understand that, according to your conditions, offers must be supported by a tender guarantee.

At the request of the Principal, we (name of the bank) .... hereby irrevocably undertake to pay you any sum or sums not exceeding in total an amount of .... (say: ....) upon receipt by us of your first demand in writing and your written statement stating :

i) that the Principal is in breach of his obligation (s) under the tender conditions; and

ii) the respect in which the Principal is in breach:

Your demand for payment must also be accompanied by the following document (s) : (specify document (s) if any, or delete)

This guarantee shall expire on .... at the latest.

Consequently, any demand for payment under it must be received by us at this office on or before that date.

This guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 458.

Signatures (s) :

تعليق

نماذج .I.C.C تخضع للقواعد الموحده الصادره عنها وتتفق معها ومشار اليها فيها وقد سبق شرح هذه القواعد الموحده وتحصيل احكامها وهى لا تخرج عنها.

١٢ - نموذج .I.C.C لاصدار خطاب ضمان مقابل لخطاب ضمان حسن التنفيذ

11. ICC Model for instructions to a correspondent bank for the issue of a performance guarantee against a counter-guarantee

TEXT OF INSTRUCTIONS

Our refernce number ....

At the request of ...., please issue on our responsibility in favour of ...... your guarantee in the following wording :

Quote

We have been informed that .... (hereinafter called 'the Principal'), has entered into contract No. .... dated .... with you, for the supply of (description of goods and/or services)

Furthemore, we understand that, according to the conditions of the contract, a performance guarantee is required.

At the request of the Principal, we (name of bank) .... hereby irrevocably undertake to pay you any sum or sums not exceeding in total an amount of .... (say : ....) upon receipt by us of your first demand in writing and your written statement stating :

i) that the Principal is in breach of his obligation (s) under the underlying contract; and.

ii) the respect in which the Principal is in breach.

Your demand for payment must also be accompanied by the following document (s): (sepecify document (s) if any, or delete)

This guarantee shall expire on .... at the latest.

Consequently, any demand for payment under it must be received by us at this office on or before that date.

This guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 458.

In consideration of your issuing your guarantee as above, we hereby give you our irrevocable counter-guarantee and undertake to pay you any sum or sums not exceeding in total an amount of ....

(say, ...) upon recipt by us at this office no later than ...... of your first written demand. Such demand shall be supported by your guarantee in accordance with its terms and with Artical 20 of the Uniform Rules for Demand Guarantees.

This counter-guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 458.

Please confirm to us the issuance of your guarantee.

وهذا النموذج أيضا تحكمه قواعد .I.C.C شكلا وموضوعا وقد سبق الحديث عنها .



القواعد الموحده لخطاب الضمان البنكى في التجارة الدولية وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان

Uniform Rules for Guarantees in International Trade and Stand By Letter of Cridet

أولاً

القواعد الموحده الصادره من .I.C.C

فى أغسطس سنة ١٩٧٨

Uniform Rules For Contract Guarantees

مقدمة :

لا يلزم بالضرورة – أن تكون القواعد الموحده لأحكام خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية – التى تَضَمَّنَتْها المواد المنظمة من الهيئات الدوليه خاصه غرفة التجاره الدوليه فى باريس .I.C.C – لا يلزم أن تكون – أساساً أو قانوناً لفهم خطاب الضمان البنكى على أساس ما ورد بها ذلك لأن : –

١) هذه القواعد ليست أكثر من محاولات – مرحليه تجتهد أن تجد مفهوماً مشتركاً ومقبولاً لخطاب الضمان البنكى فى صياغته؛ واحكامه؛ وتعبيراته، ولغته، وكلماته، ومصطلحاته فى التجارة الدولية – بين دول العالم. وهى اجتهاد غايته أن يصل فى يوم ما إلى نظام قانونى واحد لخطاب الضمان البنكى يحكمه إنعقادا – وممارسةً – وإنتهاءً سواء بين جميع الدول فى العالم أو بين العلاقات الثلاثة التى أفرزته. وعلى ذلك فالقواعد الموحده فى هذه المرحله ليست قانوناً الا لمن يختار إعمال مقتضاها ولكنها رأى وتَصَوّرْ، لما يجب أن يكون عليه الحال، فى التعامل بخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية وهى إجتهاد شأنها شأن إجتهادات الفقهاء ورجال القضاء والمحامون الدوليون والبنوك.

٢) هذه القواعد الموحدة تتعامل مع الواقع الفعلى – السائد بين دول العالم من جهه – والسارى عليه العمل بين البنوك واطراف خطاب الضمان فى الممارسة الفعلية واختلافاتهم الكبيرة فى التأصيل والتطبيق والممارسه وتأسيساً على ذلك فهى قواعد توفيقية لوجهات

نظر مختلفة أو متعارضة - وغاية القواعد الموحده هى التقريب بينها ما إستطاعت - سواء فى ذلك الدول وقوانينها المختلفة فى هذا الموضوع أو بالنسبة للتوفيق بين المصالح المتعارضة للعلاقات الثلاثة المحيطه بخطاب الضمان البنكى والتى أفرزته والتعبيرات والكلمات التى استعملتها هذه القواعد الموحدة يجب الا يكون لها مدلول قانونى فى تكييف خطاب الضمان البنكى وتأصيله فى القانون لأن هذه التعبيرات والكلمات انما سايرت ما هو سائد ومعمول به فى البنوك وبين الأطراف المحيطه بخطاب الضمان - ومن الواضح أن القواعد الموحده لاحكام الضمانات التعاقدية عموماً، «وهذا هو عنوانها»، لم تقحم نفسها فى محاولة التكييف القانونى لخطاب الضمان البنكى. بل هى أقرب الى اعتباره نظاماً خاصاً قائماً بذاته، ومختلف عن أى نظم للضمانات الأخرى لأنه فى واقعه خدمه مصرفيه تمويليه بين البنك والمستفيد فى علاقة شخصية بالنسبة لهما، غير قابل للتداول مستقل عن العلاقات المحيطه به والتى أفرزته - فهو ليس ضمانا من طرف ثالث بل التزاماً مباشراً من البنك للمستفيد - والتعبير بكلمة «ضمان» لا يلزم أن تضللنا فى هذا الخصوص - «وسوف نرى ذلك واضحاً فى قواعد .I.C.C الصادره سنة ١٩٩٢ باسم «القواعد المحدده لخطابات الضمان تحت الطلب» وخطاب الضمان البنكى ليس عقداً لأنه نابع من ارادة البنك وحده والتعبير عنه (بالعقد) هو تعبير شائع الا أن القواعد الموحده تعالج الضمانات العقدية البنكية وليس خطاب الضمان غير المشروط الذى صدرت بشأنه من I.C.C القواعد والتعبيرات والكلمات والصياغات والعناوين فى القواعد الموحده للضمانات التعاقدية سنة ١٩٧٨ - لا يجب أن تفهم على إنها إنحياز من هذه القواعد ضد السمات الاساسية لخطاب الضمان البنكى باعتباره تصرف قانونى مجرد عن السبب، مستقل عن العلاقات المحيطة به، التزاماً مباشراً من البنك للمستفيد، يُدْفَعْ من مال البنك، ولا علاقة للآمر فى صرفه، يلزم أن يكون سنده كاف بذاته، ينتهى بإنتهاء أجله المحدد فى صكه بوضوح - وقد أوضحت قواعد سنة ١٩٧٨ أنها لن تتدخل فى تكييف الضمانات البنكية وحتى ولو ضمنت بعض مواد القواعد الموحده إشارة الى مراجعة الآمر او المستفيد فى بعض الحالات. فمثل هذا التعبير يعتبر من قبيل الخدمة المصرفيه ليس الا!!.

تابع المقدمة :

تقوم محاولات لصياغة قواعد موحده للضمانات البنكيه فى التجارة الدولية - وكذلك لخطابات الضمان البنكية فى التجارة الدولية.

ولعل أبرزها وأهمها القواعد التى صدرت عن غرفة التجارة الدولية فى باريس International Chamber of Comm erce I.C.C.

وترعى ذلك هيئة الامم المتحدة من خلال لجنة التجاره الدوليه United Nation Commission on the Internationa Trad Uncitral وتسهم فى هذا النشاط هيئات اقليمية ودولية أخرى وتدلى بدلوها البنوك العالمية - وتنشر القواعد الجارى عليها العمل فيها عند اصدار الضمانات البنكية عموماً أو خطابات الضمان البنكية.

ونتناول فى هذا الكتاب القواعد الموحده للضمانات التعاقدية الصادر فى سنة ١٩٧٨ - والقواعد الموحده لخطابات الضمان تحت الطلب الصادرة سنة ١٩٩٢ وكلاهما صادرة عن I.C.C. ونشير أيضاً الى نشاط Uncitral فى هذا الخصوص.

ونتناول أخيراً خطاب الاعتماد المستندى بالضمان Syand By Letter of Cridet.

نشرت I.C.C. سنة ١٩٨٧ القواعد الموحده لضمانات العقود وقدم لها السكرتير العام للمنظمة إذ ذاك Mr. Bermard.S. Whble واستمرت العمل فى إعدادها إثنى عشرة عاما، حتى ٧٨/٦/٢٠ وتضمنت هذه القواعد إحدى عشرة ماده .

ونشرت لأول مره فى أغسطس سنة ١٩٧٨ - ويلاحظ من العنوان الذى أُعْطِىَ لها أنها تهدف لمحاولة توحيد قواعد الضمانات فى عقود الضمان على وجه العموم الصادره من البنوك أو شركات التأمين أو مؤسسات التمويل والضمان ومنها خطاب الضمان البنكى - وذلك لتحقيق أكبر قدر من التوازن بين اطراف الضمانات ذاتها، وبين النظم والقوانين المختلفه فى

البلاد المختلفه – وتمت الصياغة للمواد بأكبر قدر من المرونة مع محاولة تَوَخِي – المبادىء العادلة للمطالبة بالضمان والتزمت قواعد سنة ١٩٧٨ عن I.C.C ما استطاعت بتقرير الملامح الاساسيه للضمانات الدولية للعقود خاصة بالنسبة لخطابات الضمانات البنكية .

ولم تقتحم نفسها فى المسائل المعقده الخاصه بالتكيف القانونى. وجعلت الالتجاء إليها إختياريا وتجنبت بمرونه فى صياغة النصوص، التصادم بينها وبين قوانين البلاد المختلفة فى التفصيلات مثل إنتهاء الضمان فى أجله الوارد بسنده أو الابقاء عليه مرتبطا بالعقد الذى صدر بمناسبة، أو بالنسبة لما تفرضه بعض البلاد من رسم أو ضريبه عند الصرف أو عند تقديم طلب الاصدار... وغير ذلك .

وأشارت هذه القواعد إلى أن نص ورقة الضمان هى التى تحدد نوع الضمان وطبيعته وهل هو ضمان عادى أو ضمان مباشر من البنك للمستفيد حتى يَسّهل تحديد القانون الواجب التطبيق كما تحدثت هذه النصوص على بعض الشروط اللازم النص عليها فى بعض أنوا ع الضمانات مثل خطاب الضمان متناقص القيمه فى المقاولات – ومثل خطابات ضمان العطاءات الابتدائيه والنهائيه. وأشارات هذه القواعد الموحده إلى مد خطاب الضمان وما هو مطلوب فى هذا الخصوص – كما أشارات إلى إجراءات المطالبة به، ولزوم أن تتم فى آجل الضمان وأن تصل البنك فى هذا الآجل .

والأسس التى قامت عليها قواعد سنة ١٩٧٨ تحصلت فى الآتى : –

١) المطالبة بقيمة الضمان يجب أن تتم فقط عندما يكون للمستفيد حقا فى ذلك يرجع إلى إخفاق الآمر فى تنفيذ التزاماته .

٢) يجب على المستفيد عند طلب الصرف أن يرفق معه المستندات الداله على أن الآمر أخفق فى التنفيذ طبقا لما هو مذكور فى ورقة الضمان.

وأشارت مقدمة القواعد الموحده الصادره سنة ١٩٧٨ أنها تغطى الضمانات التى تقدمها

البنوك – وشـركـات التـأمين وشـركـات التـمـويل والضـمـان وأشـارت لضـمـانات التنفيذ Performance Guarantees أوضمانات إعادة الدفع Repayment Guarantees المتعلقه بالمشاريع فى بلاد أخرى التزمت ببيع بضائع أو خدمات فى العلاقات التجارية الدولية.

وأشارت المقدمه أنه لتحقيق مصالح المستفيد والآمر والضامن – تعاونت I.C.C مع الحكومات المعنيه – والمنظمات التجارية العالميه – وهيئة الأمم المتحده UNCITRAL لتحقيق التوازن بين مصالح الاطراف الثلاثة المحيطه بخطاب الضمان.

ولم تجد لجنة الصياغة للقواعد الموحده سنة ١٩٧٨ كما ذكرت فى المقدمه مبررا أن تضمنها أى شروط خاصه بخطاب الضمان المستحق عند الاطلاع لأنها لا تشجع مثل هذا الضمان الذى يدفع للمستفيد بمجرد الطلب.

وهذا ما عدلت عنه تماما باصدارها I.C.C قواعد سنة ١٩٩٢ الموحده لخطاب الضمان المستحق بمجرد الاطلاع وكذلك أشارت المقدمه إلى أنها لم تر أى مبرر للدخول فى النقاش والآراء عن طبيعة الضمان وما إذا كان ضمانا أساسيا مستقلا فى الالتزام به أو هو التزام ثانى وذلك للخلافات حول ذلك فى البلاد المختلفة وفى قوانين هذه البلاد .

وشرحت لجنة الصياغة للقواعد الموحده لعقد الضمان سنة ١٩٧٨ كل ماده من مواده بما يمكن اعتباره مذكره تفسيريه لهذه القواعد.

نصوص القواعد الموحده للضمانات

ألتعاقديه الصادره والمنشوره فى أغسطس سنة ١٩٧٨

سوف تُحَصِّلْ المواد ولا نترجمها – فلم تُصدر I.C.C نصا عربيا معتمدا منها لذلك يحسن أو يجب الرجوع إليها باللغه الانجليزيه أو الفرنسيه – وعلى أى حال فسوف ننقل النص باللغة

الانجليزية وشرح المواد مرجعه ما أوردته .I.C.C فيما يمكن تسميته المذكرة التفسيرية لهذه القواعد.

تحصيل المادة الأولى

تحكم هذه النصوص - أى ضمان أو كفاله أو التزام بالتعويض - أو أى التزام آخر مماثل - باى تسمية نص فيه على سريان للقواعد الموحده لضمانات العقود سواء كانت عقود عطاءات أو تنفيذ أو سداد وتنطبق النصوص على جميع أطراف العلاقة. إلا اذا نص فى سند الضمان على غير ذلك - أو كانت هذه القواعد متعارضة مع القانون الذى يحكم الضمان فيلزم إعمال مقتضى القانون.

شرح الماده الأولى :

ويلْزَمْ النص فى ورقة الضمان صراحة على أنه خاضع لأحكام القواعد الموحده للضمانات التعاقدية المنشورة تحت رقم ٣٢٥ فى أغسطس ١٩٧٨ من .I.C.C - وعند إذن تحكم القواعد جميع الأطراف إلا إذ ذكر غير ذلك فى سند الضمان - وإعمال القواعد إعمالاً جزئياً. يسمح بأخضاع خطاب الضمان غير المشروط لهذه القواعد طبقاً للمادة ٩ - وقد يحسن النص على اختيار تطبيق القواعد الموحده هذه فى العقد الأصلى فى بعض المشاريع مثل عقود المقاولات.

ولا تطبق القواعد الموحده - وكذلك النصوص المقرره فى سند الضمان - فى بعض البلاد التى يحدد القانون أو القرارات فيها نص صياغة سند الضمان - وأيضاً اذا كانت القوانين لا تنهى الضمان طالما ان ورقته بيد المستفيد او طالما ان ألعقد الأصلى مازال سارياً - إلا إذا أعفى المستفيد البنك من الالتزام بالضمان. ويلزم دراسة مثل هذه القوانين من أطراف العلاقة عند طلب اصدار الضمان - وخاصة إذا كان الضمان صادر لمستفيد فى بلد أجنبى بناء عن طلب آمر فى بلد آخر.

ففى هذه الظروف يكون القانون الذى يحكم الضمان هو قانون البلد الأجنبى على ما هو مذكور فى المادة ١٠ من هذه القواعد.

وهذا نص الماده الاولى باللغة الانجليزية كما نشرتها I.C.C.

Article 1

Scope

1 - These Rules apply to any guarantee, bond indemnity, surety or similar undertaking, how ever named or described ("guarantee"). which states that it is subject to the Uniform Rules for Tender, Perfomance and Re-payment Guarantees ("Contract Guarantee") of the International Chamber of Commerce (Publication N° 325) and are binding upon all parties thereto unless otherwise expressly stated in the guarantee or any amendment thereto.

2 - Where any of these Rules is contrary to a provision of the law applica-ble to the guarantee from which the parties cannot derogate, that pro-vision prevails.

تحصيل المادة الثانية

تعنى كلمة ضمانات العطاءات أو التوريدات التزام البنك أو شركة التأمين أو طرف ثالث بناء عن طلب الآمر أو من كُلّفُ بالضمان بتعويض المستفيد عن خطأ الآمر بمبلغ محدد من النقود " الضمان المقابل " كما تعنى كلمة ضمان التنفيذ التزام من ذكروا

أعلاه فى تعـويض المستفيـد عن العجز فى توريد البـضائع أو عدم تغطية الخـدمات أو أى عقـد آخر بمبلغ مـحـدد من النقـود لخطأ المتعاقـد الأصلى وفقـاً لشـروط العقـد بينه وبين المستفيد.

ورد الدفعـات المقدمة - من البنك أو شـركة التأمين أو طرف ثالث أو مـن كـلفـه أحدهم بالضمـان - إنما تعنى أن يرد الضامن للمـسـتـفيد مـا يكون قد دفعـه مقـدماً للآمر وفـقاً لشروط العقد بينهما فى حدود مبلغ محدد من النقود.

شـرح الماده الثانية :

ودون أن نتعـرض للتكييف القـانونى تقصد هـذه المادة الثانية التعامل مع مـختلف أنواع الضمانات - التى وضعت القواعد الموحده لتغطيتها وتحديد دور كل طرف من أطراف العمليه التجارية.

ويلزم أن نأخذ فى الاعتبار أن بعض الضمانات قد تكون غير مقبولة قانوناً فى بلاد معينه - اذا ما كانت صادره عن بنك أجنبى خارج بلد المستفيد لذلك يلزم - فى هذه الحاله إصدار خطاب ضمان مقابل من بنك فى بلد المستفيد فى حدود مبلغ الضمان الأصلى.

وفى بعض البلاد يلتزم الضامن بتعويض المستفيد عن عدم تنفيذ العقد وليس فى حدود المبلغ المحدد فى ورقة الضمـان وذلك فى ضمـانات التنفيـذ - وقد يربط بين التزامـات الآمر والخطأ المنسوب اليه فى العقد الأصلى وبين التزام الضامن بالتعويض -

هذا نص المادة الثانية باللغة الانجليزية عن I.C.C.

Article 2

Definition

For the purposes of these Rules :

a "tender guarantee" means an undertaking given by a bank, insurance

company or other party ("the guarantor") at the request of a tenderer ("the principal") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party") to a party inviting tenders ("the beneficiary") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in the obligations resulting from the submission of the tender - to make payment to the benficiary within the limits of a stated sum of money;

b "pefomance guarantee" means an undertaking given by a bank, insurance company or other party ("the guarantor") at the request of a supplier of goods or services or other contractor ("the principal") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party") to a buyer or to an employer ("the beneficiary") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in due performance of the terms of a contract between the principal and the beneficiary ("the contract") - to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money or, if the guarantee so provides, at the guarantor's option, to arrange for performance of the contract;

c "repayment guarantee" means an under-taking given by a bank, insurance company or other party ("the guarantor") at the request of a supplier of goods or services or other contractor ("the principal") or given on the instructions of a bank, insurance company or other party so re-

quested by the principal ("the instructing party") to a buyer or to an employer ("the beneficiary") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal to repay in accordance with the terms and conditions of - the contract between the principal and the beneficiary ("the contract") any sum or sums advanced or paid by the beneficiary to the principal and not otherwise repaid-to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money.

تحصيل المادة الثالثة

التزامات الضامن للمستفيد : -

١ - التزام الضامن بالمبلغ المحدد فى ورقة الضمان - يرد الى النصوص والشروط الوارده بصك الضمان ذاته وعلى أساس القواعد المحدده فى هذه القواعد الموحده.

٢ - قيمة التزام الضامن لا يسرى عليه التخفيض ألمُؤسَس على التنفيذ الجزئى - الا إذا نص على ذلك فى صك الضمان.

٣ - يلتزم الضامن بالنصوص والشروط الوارده فى ورقة الضمان أو تلك المذكورة فى هذه القواعد ألموحد وحدها.

شرح الماده الثالثة :

تحديد التزامات الضامن قبل المستفيد - فى نصوص ورقة الضمان هى أقصى ما تستطيعه النصوص لتوضيح طبيعة الضمان إن التعبيرات والكلمات كذلك المحتوى والمعنى لهذه النصوص هى التى تحدد المقصود من الضمان - وما إذا كان يعنى ضمانا أساسياً وأنه

ضمان ثانٍ – لأن هذا الموضوع قد يكون معالجاً فى القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان ويلزم أن يكون واضحاً من نص الضمان ما يلزم أن يحاط به الضامن والمستفيد خاصة قيمة الضمان الذى يدفعه الضامن وتاريخ ذلك – والصياغه الواضحه هى التى تعطى الفهم والانطباع القانونى السليم – وماذا تعنى العلاقة التجارية بينهما. ففى ضمان المقاولات والتوريدات – يلزم أن تكون نسبة الضمان معقوله وإلا صرف المقاول – النظر عن الدخول فى العملية أو يرفع الاسعار اذا كانت النسبه مبالغ فيها ويلزم أن يكون تاريخ انتهاء الضمان أقرب ما يمكن أن يكون لتاريخ قبول العطاء – طالما أنه ليس من مصلحة الآمر أو المستفيد تعليق أجل الضمان لمدة طويلة وبالنسبة لأنواع الضمانات الأخرى فان التزامات الضامن هى فى الواقع مرتبطه بأخطاء المتعاقد الأصلى – فإذا تضمنت ورقة الضمان شروطاً متعلقه بوقائع مُعَيّنَه للخطأ يكون للمستفيد الحق فى الطالبه بالضمان وكذلك مقدار هذه المطالبه – ويجب أن تكون هذه الشروط فى طبيعتها تسمح للضامن أن يتحقق من قيام هذه الشروط.

ويلزم الانتباه لحقيقه هامه هى تعبيرات ورقة الضمان وتحديد مدى التزام الضامن.

وليس فى هذه القواعد أى ارتباط بين تخفيض قيمة الضمان – وبين الوفاء الجزئى للالتزام الذى صدر الضمان بمناسبته – وعلى ذلك فإذا كان هدف الأطراف أن يخفض الضمان عند التنفيذ الجزئى أو لأى سبب آخر مثل تقدم العمل فى ضمانات التنفيذ – فيلزم النص عن ذلك فى ورقة الضمان – ويحسن أن ينص عليها أيضاً فى العقد الأصلى.

هذا نص المادة الثالثة كما أوردتها I.C.C – باللغة الانجليزية

Article 3

Liability of the guarantor to the beneficiary

1 - The guarantor is Liable to the beneficiary only in accordance with the terms and conditions specified in the guarantee and these Rules and up

to an amount not exceeding that stated in the guarantee.

2 - The amount of liability stated in the guarantee shall not be reduced by reason of any partial performance of the contract, unless so specified in the guarantee.

3 - The guarantor may rely only on those defences which are based on the terms and conditions specified in the guarantee or are allowed under these Rules.

تحصيل المادة الرابعة

إن لم تحدد ورقة الضمان تاريخاً محدداً لإنتهاء عقد المقوله يعتبر منهياً فى الحالات الآتية: -

١ - ينتهى الضمان فى ضمانات المقاولات بعد ستة أشهر من تاريخ صدور الضمان.

٢ - وفى ضمانات التنفيذ - ينتهى الضمان بعد ستة أشهر من تاريخ عقد التوريد أو أى مدٍّ له - أو بعد مرور شهر واحد من موعد إنتهاء الصيانة المنصوص عليها فى العقد ويغطيها الضمان.

٣ - وينتهى الضمان بعد ستة أشهر من التاريخ المنصوص عليه فى ضمانات رَدْ ما سبق دفعه بالنسبه لرد الدفعات المقدمة.

- وإذا صادف إنتهاء الضمان يوم عطله إمتد الى أول يوم عمل يليه

شـرح المادة الرابعـة :

من المرغوب فيه أن يتضمن نص الضمان نصاً محدداً لتاريخ إنتهاء الضمان والذى يلزم فى خلاله أن يتسلم الضامن طلب الصرف – وعلى ذلك فالمتعاقد الأصلى عليه أن يطلب إثبات تاريخ إنتهاء الضمان إما مباشرة من الضامن أو من خلال المكلف بأصدار الضمان – مؤكداً ضرورة ذكر تاريخ إنتهاء الضمان فى سند الضمان ذاته – وعملياً يلزم الربط بين تاريخ أنهاء الضمان – ومدة عقد المقاولة أو التوريد أو المدة المقررة للتنفيذ فى العقد ولا تطبق الفقرات الثلاثة الاولى فى هذه الماده إلا إذا كان الآمر لم يثبت تاريخاً لإنتهاء الضمان ويجب الأخذ فى الاعتبار أن تشريعات بعض البلاد لا تعترف أو أنها تمنع ذكر تاريخ إنتهاء خطاب الضمان فى نص سنده – وهذا قد يؤدى الى بقاء الضامن مسئولاً عن الضمان لمدة أطول من تلك المنصوص عليها فى هذه الماده أو سند الضمان ذاته وحقيقة اعتبار تاريخ إنتهاء الضمان هو آخر تاريخ لمطالبة الضامن بصرفه فإن المقصود بيوم العطله المذكور فى هذه الماده – هو يوم العطله فى بلد الضامن وليس بلد المستفيد.

هذا هو النص باللغة الانجليزية كما أوردته I.C.C.

Article 4

Last date for claim

If a guarantee does not specify a last date by which a claim must have been received by the guarantor, such last date ("expiry date") is deemed to be :

a in the case of a tender guarantee, six months from the date of the guarantee;

b in the case of a performance guarantee, six months from the date specified in the contract for delivery or completion or any extension

thereof, or one month after the expiry of any maintenance period (guarantee period) provided for in the contract if such maintenance period is expressly covered by the performance guarantee;

c in the case of a repayment guarantee, six months from the date specified in the contract for delivery or completion or any extension thereof.

If the expiry date falls on a non-business day, the expiry date is extended until the first following business day.

تحصيل المادة الخامسة

ينتهى الضمان – أصلاً – بمطالبة المستفيد الصرف فى أجله أو قبل حلول ذلك الأجل – أو إذا أبرأ المستفيد الضامن عن حقوق المقدره فى الضمان.

وإضافة لما ذُكِرَ فى المادة ٤ فى عقد المقاوله ينتهى ضمان التنفيذ – إذا ما قبل المستفيد ذلك كتابة أو ذكر ذلك فى عقد المقاوله – أو إذا كان المتعاقد الأصلى قد أمر باصدار الضمان ولم يكن ذلك مطلوباً – وينتهى هذا الضمان أيضاً إذا أسندت المقاوله لمقاول آخر أو أعلن المستفيد أنه لا ينوى تنفيذ عقد المقاوله.

شرح المادة الخامسة :

هدف هذه الماده أن تحدد تفصيلاً متى تنتهى فاعلية الضمان – وذلك مهم على وجه الخصوص فى عقود المقاولات – وأبرزت هذه المادة بوضوح، وضع المستفيد الذى يحيط بظروف التعاقد فى مواجهة الضامن الذى غالباً تنقصه هذه المعلومات – كما ذكرت المادة

حالة اعلان المستفيد نيته أو قراره فى عدم تنفيذ العقد.

Article 5

Expiry of guarantee

1 - If no claim has been received by the guarantor on or before the expiry date or if any claim arising under the guarantee has been settled in full satisfaction of all the rights of the beneficiary thereunder, the guarantee ceases to be valid.

2 - Notwithstanding the provisions of Article 4, in the case of tender guarantees :

a upon acceptance by the beneficiary of the tender by the award of the contract to the principal and, if so provided for in the written contract, or, if no contract has been signed and it is so provided for in the tender, the production by the principal of a performance guarantee or, if no such guarantee is required, the signature by the principal of the contract, the tender guarantee issued on his behalf ceases to be valid;

b a tender guarantee also ceases to be valid if and when the contract to which it relates is awarded to another tenderer, whether or not that tenderer meets the requirements referred to in para. 2 (a) of this Article;

c a tender guarantee also ceases to be valid in the event of the beneficiary expressly declaring that he does not intend to place a contract.

تحصيل المادة السادسة

عندما ينتهي الضمان طبقاً لنصوصه وشروطه أو طبقاً لهذه النصوص - إعادة صك الضمان لا يمثل فى ذاته أى التزام على المستفيد والمستند يلزم رده للضامن دون تأخير.

شرح المادة السادسة :

اعادة ورقة الضمان المنتهى مرغوب فيه لتأكيد إنتهائه - ولتأكيد أن أى مطالبه لن تحدث تأسيساً على هذا المستند - وهذا مهم خاصة فى البلاد التى تنص قوانينها أنه يلزم اعادة سند الضمان لاعتباره منتهياً إلا إذا أعفى المستفيد الضامن من التزامه - ورد سند الضمان هو أيضاً مطلوب للقطع بإنعدام مسئولية الضامن تماماً - والنصوص الموحده لم تقرر أى جزاء لعدم اعادة سند الضمان طالما أن ذلك لا يمثل التزاماً على المستفيد.

هذا هو النص باللغة الانجليزية كما أوردته I.C.C.

Article 6

Return of guarantee

When a guarantee has ceased to be valid in accordance with its own terms and conditions or with these Rules, retention of the document embodying the guarantee does not in itself confer any rights upon the beneficiary, and the document should be returned to the guarantor without delay.

تحصيل المادة السابعة

لا تقدم الضمانات فى عقود المقاولات إلا على أساس العقد الأصلى بين الآمر والمستفيد ولا يمتد الضمان على أى تعديل عليه سواء بالنسبة لتاريخ إنتهائه أو قيمته المنصوص عليها فى ورقة الضمان الا إذا أخطر الضامن المستفيد كتابةً أو برقياً أو بفاكس أنه قد تم مد خطاب الضمان أو تعديل قيمته.

وبالنسبة لضمان التنفيذ - وضمان اعادة الدفع - يمكن الاتفاق على أنها لا تقوم أو يعمل بها إذا عدّلت عما ذكر بالتعاقد الأصلى - وكذلك غير مقبول تعديل نصوصه وشروطه (قيمة الضمان أو تاريخ إنتهائه) المشار اليها فى نصه وطبقاً لهذه القواعد من الضامن - الا اذا أَخْطَرَ الضامن المستفيد ووافق هو أو الآمر على تعديل الضمان كتابةً أو برقياً أو بفاكس أو الضامن فى الضمان المقابل.

شرح المادة السابعة :

تعالج هذه المادة - فى عقد المقاوله - حالة طلب المستفيد «الدفع أو المد» - وقد يكون لديه مبرراً لذلك - ولكنه لا يلزم أن يجبر الآمر تحت ضغط التهديد بالصرف أن يستجيب للمد وعلى ذلك لا يستجيب الضامن لهذا الطلب إلا إذا أرفق معه التقرير المنوه عنه فى المادة ٩/١. وأيضاً لا يمد الضامن أجل إنتهاء الضمان أو يعدل أى نص أو شرط فيه دون مراجعة الآمر أو المستفيد أو الضامن فى ضمان المقابل حسب الاحوال.

وعلى الضامن دراسة العقد الأصلى ومدى التزامات الآمر الوارده به متى يمكنه أن يقرر منح الضمان من عدمه وشروط العقد الأصلى تكون أكثر أهمية للضامن إذا كان موضوع الضمان هو تعويض عدم التنفيذ المؤسس على غش الآمر.

وأى تعديلات فى شروط العقد الأصلى لا تشملها مظلة الضمان - ولا تجبر الضامن الى تغيير قيمة الضمان أو إلى مد أجله إلا إذا وافق الآمر على ذلك ويلزم أن يحاط الضامن علماً

بأى تعديل للتعاقد الأصلى حتى يمكنه تقدير مسئولياته – ويلزم النص فى سند الضمان على ذلك.

هذا هو النص باللغة الانجليزية كما أوردته .I.C.C

Article 7

Amendments to contracts and guarantees

1 - A tender guarantee is valid only in respect of the original tender submitted by the principal and does not apply in the case of any amendment thereto, nor is it valid beyond the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantee has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the guarantee so applies or that the expiry date has been extended.

2 - A performance guarantee or a repayment guarantee may stipulate that it shall not be valid in respect of any amendment to the contract, or that the guarantor be notified of any such amendment for his approval. Failing such a stipulation, the guarantee is valid in respect of the obligations of the principal as expressed in the contract and any amendment thereto. However, the guarantee shall not be valid in excess of the amount or beyond the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantor has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the amount has been increased to a stated figure or that the expiry date has been extended.

3 - Any amendment made by the guarantor in the terms and conditions of the guarantee shall be effective in respect of the beneficiary only if

agreed to by the beneficiary and in respect of the principal or the instructing party, as the case may be.

تحصيل المادة الثامنة

تتم المطالبة بالضمـان كتابة أو برقياً أو بتلكس. على أن تصل فى موعـد غايته تاريخ إنتهاء الضـمان طبقاً لشروطه أو طبقـاً لهذه القواعد وبمجرد استـلام الضامن المطالبه، عليه أن يخطـر الآمر أو المكلف بالضمـان خاصة إذا كـان يلزم تقديم مسـتندات مع طلب الصرف ويصرف مبلغ الضمان : -

١ - إذا قدم وفقاً لما هو مذكور فى هذه القواعد ماده أولى.

٢ - أن يرفق بطلب الصرف المستندات المنصوص عنها فيه أو الواردة فى هذه القواعد.

٣ - تقدم المستندات فى الموعد المحدد فى سند الضـمان أو الموعد المحدد فى هذه القواعد - فإذا تعذر ذلك يجب أن يتم تسليمها فى موعد غايته ستة أشهر من تاريخ المطالبه - وينتهى الحق فى الصرف إذا إنتهى أجله طبقاً لشروطه أو وفقاً لهذه القواعد.

شرح المادة الثامنة :

يجب ذكر اسم وعنوان الضامن فى سند الضمان الذى توجه اليه المطالبه - لأنه قد يكون للضامن فى المدينة أكثر من مكتب .

لم تعالج هذه القواعد تقديم المطالبه فى أجل خطاب الضمان ولكنها لم تصل علم الضامن الا بعد إنتهاء الضمان بسبب يرجع القوة القاهرة - وذلك لأن مفهوم القوة القاهرة يختلف فى القوانين من بلد لآخر وكذلك وبالنسبة للقانون واجب التطبيق.

Article 8

Submission of claim

1 - A claim under a guarantee shall be made in writing or by cable or telegram or telex to be received by the guarantor not later than on the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules.

2 - On receipt of a claim the guarantor shall notify the principal or the instructing party, as the case may be, without delay, of such claim and of any documentation received.

3 - A claim shall not be honoured unless.

a it has been made and received as required by para. 1 of this Article; and

b it is supported by such documentation as is specified in the guarantee or in these Rules; and

c such documentation is presented within the period of time after the receipt of a claim specified in the guarantee, or, failing such a specification, as soon as practicable, or, in the case of documentation of the beneficiary himself, at the latest within six months from the receipt of a claim.

In any event, a claim shall not be honoured if the guarantee has ceased to be valid in accordanc with its own terms or with these Rules.

تحصيل المادة التاسعة

إن لم يذكر سند الضمان المستندات التى يلزم تقديمها عند طلب الصرف – أو أنه نص

على تقديم اقرار من المستفيد فيلزم فى عقود المقاولات أن يقدم المستفيد تقريراً بأن المقاوله رست على المتعاقد الأصلى ولكنه لم يوقع العقد النهائى أو أنه لم يقدم ضمان التنفيذ المنصوص عليه، وإخطاراً للمتعاقد الأصلى بأنه يقبل رد أى مبالغ يكون قد قبضها تنفيذاً للضمان ولأى منازعه أو اعتراض منه - كلياً أو جزئياً إذا ما صدر حكم من القضاء أو التحكم طبقاً لشروط المقاوله او من محكمة التحكيم فى I.C.C. أو قواعد Uncitral. للتحكيم حسب اختيار المتعاقد الأصلى.

وفى حالة ضمان التنفيذ أو ضمان اعادة الدفع يقبل حكم قضائى أو حكم تحكيم بعدالة الطالبه أو موافقة كتابية من الآمر.

شرح المادة التاسعة :

أوضحت المادة التاسعة أنه يجب أن يكون للمستفيد حقاً قانونياً فى المطالبه بالضمان مؤسساً على إخفاق المتعاقد الأصلى فى إتمام التعاقد - كما أوجبت مظاهره المطالبه بالأدله المثبته لخطأ المتعاقد الأصلى ويحسن النص على هذه الادله فى ورقة الضمان ويمكن تحديد المستندات اللازمة لاثبات ذلك فى التعاقد الأصلى - ثم تنقل الى سند الضمان مثل طلب شهادة مراجع أو حكم محكمه أو مُحَكّمْ على أن تكون واضحه ليسهل على الضامن تقدير أنها الشهادات المطلوبة - وفى الضمانات غير المشروطة المستحقة بمجرد الاطلاع لا يطلب فيها مستندات وذلك مفهوم من الفقره الاولى فى الماده التاسعة لأن اعلان المستفيد أن عرض المتعاقد الأصلى قد قبل معناه أن هذا القبول غير مشروط.

وتعنى الفقرة الثانية فى هذه المادة - أن الحكم القضائى أو حكم التحكيم المشار اليهما هو الصادر فى النزاع بين المتعاقد الأصلى والمستفيد..

هذا نص المادة ٩ بالانجليزية كما أوردته I.C.C.

<u>Article 9</u>

Documentation to support claim

If a guarantee does not specify the documentation to be produced in

support of a claim or merely specifies only a statement of claim by the beneficuary, the beneficiary must submit:

a in the case of tender guarantee, his declaration that the principal's tender has been accepted and that the principal has, then either failed to sign the contract or has failed to submit a performance guarantee as provided for in the tender, and his declaration of agreement, addressed to the principal, to have any dispute on any claim by the principal for payment to him by the beneficiary of all or part of the amount paid under the guarantee settled by a judicial or arbitral tribunal as specified in the tender documents or, if not so specified or otherwise agreed upon, by arbitration in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration or with the UNCITRAL Arbitration Rules, at the optioin of the principal;

b in the case of a performance guarantee or of a repayment guarantee, either a court decision or an arbitral award justifying the claim, or the approval of the principal in writing to the claim and the amount to be paid.

تحصيل المادة العاشرة

إذ لم يذكر فى سند الضمان القانون الواجب التطبيق - يكون هو قانون البلد مقر نشاط الضامن فإذا كان للضامن أكثر من فرع فى بلاد مختلفة - فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الفرع الذى أصدر الضمان.

شرح المادة العاشرة :

لا تقصد القواعد الموحده اعمال مقتضاها في جميع المنازعات المترتبة عن الضمانات -

لذلك نصت عن القانون الواجب التطبيق الذى يحسن أن يحدد فى سند الضمان والا كان هو قانون بلد الضامن الذى يباشر فيه عمله – فإذا كان له أكثر من فرع فهو قانون بلد الفرع الذى أصدر الضمان.

وهذا غير مقبول ممن ينظرون الى الضمان على أنه عقد تابع للعقد الأصلى اللذين يرون أن قانونه هو الواجب التطبيق – ولكن القواعد الموحده رأت الأخذ بقانون بلد الضامن لأنه الأفضل – هذا علاوة على أنه لا يمكن تحديد القانون الآخر بدقة – ولأن الضامن قد لا يصدر الضمان الا إذا كان خاضعاً لقانون بلده، وقبل ذلك فهذه القواعد تجنبت الخوض فى طبيعة الضمان أو تكييفه القانونى.

هذا هو نص المادة ١٠ بالانجليزية كما أوردته I.C.C.

Article 10

Applicable law

If a guarantee does not indicate the law by which it is to be governed, the applicable law is that of the guarantor's place of business. If the guarantor has more than one place of business, the applicable law is that of the branch which issued the guarantee.

تحصيل المادة الحادية عشرة

يُحال أى خلاف بين الضامن والمستفيد الى التحكيم الذى يتم الاتفاق عليه بينهما أو الى محكمة I.C.C. للتحكيم وطبقاً لقواعدها أو Uncitral وطبقاً لقواعدها – وإذا كان الخلاف بين الضامن والمستفيد يمس حقوق والتزامات المتعاقد الأصلى يكون من حقهما التدخل فى التحكيم – وإذا لم يتم الاتفاق بين الضامن والمستفيد على اختصاص محكمه معينه يكون الاختصاص مَعْقُوداً لبلد نشاط الضامن أو الفرع الذى أصدر

الضمان أو نشاط المركز الرئيسى للضامن حسب أختيار المستفيد.

شرح المادة الحادية عشرة :

ترى القواعد الموحده أن أى خلاف حول الضمان يحسن أن يحال للتحكيم - إذا ما اتفق عليه الضامن والمستفيد ووضعا مشارطته بكامل حُرِيّتْهِمَا.

وإن يكون من حقهما الالتجاء الى أهم محكمتى تحكيم دوليتين I.C.C. أو Uncitral .

وعند قيام النزاع بين الضامن والمستفيد - يكون مفيداً تدخل المتعاقد الأصلى أو المكلف بأصدار الضمان فى التحكيم - ولكن القواعد لا تفرض عليهما ذلك - ولا تسمح للمستفيد أو الضامن الاعتراض على هذا التدخل فى النزاع.

وإذا إلتجأ الطرفان الى القضاء - فإنهما قد يضطرا الى الالتجاء للقضاء فى بلاد مختلفه لذلك نصت القواعد على اختصاص محكمة بلد نشاط الضامن أو بلد الفرع الذى أصدر الضمان.

Article 11

Settlement of disputes

1 - Any disputes arising in connection with the guarantee may be reterred to arbitration by agreement between the guarantor and the beneficiary, either in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration, the UNCITRAL Arbitration Rules or such other rules of arbitration as may be agreed between the guarantor and the beneficiary.

2 - If a disute between the guarantor and the beneficiary which touches upon the rights and obligations of the principal or the instructing party is referred to arbitration, the principal or the instructing party shall have the right to intervene in such arbitral proceedings.

3 - If the guarantor and the beneficiary have not agreed to arbitration or to the jursidiction of any specific court, any dispute between them relating to the guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the guarantor's place of business or, if the guarantor has more than one place of business, by the competent court of the country of his main place of business or, at the option of the beneficiary, by the competent court of the country of the branch which issued the guarantee.

القواعد الموحده لخطابات الضمان المستحقة عند الطلب

Uniform Rules For Demmd Guarantee

خلفيات مراحل الاعداد لهذه القواعد

لم تلق القواعد الموحده لضمانات العقود الصادره ١٩٧٨ الا قبولاً محدوداً – وهى مازالت سارِيْه ومعمول بها وتتصدى لضمانات العقود على وجه العموم سواء أكانت صادره عن البنوك أو شركات التأمين أو جهة أخرى مثل شركات التمويل والضمان.

وبعد دراسات طويله وجدت .I.C.C ضروره وضع قواعد جديده أعدت فى غضون ١٩٨٧ أى بعد عشر سنوات من قواعد ١٩٧٨ وعرضت مسوده لها فى إجتماع Uncitral بنيورك فى المده من ١١ الى ٢٢ ابريل ١٩٨٨ كما درست فى الاجتماع المنعقد من ٨٨/١١/٢١ حتى ٨٨/١٢/٢ لهــذه اللجنة Nation Commission on International Trade Law "Uncitral".

وقد صيغت القواعد الجديدة فى ٢٨ ماده – تضمن تقرير هيئة الأمم المتحدة عنها ملاحظاته عن كل ماده وأقترحاته فى اضافة مواد جديدة – بعد سماع ملاحظات ممثله .I.C.C وقرر فريق العمل المبادئ العامه للمراجعة؛ وأوضحت أنها تراجع عملاً تم بمعرفة منظمة دولية خاصه وليست حكومية « .I.C.C » وأن هذا استثناء لا يقاس عليه ولاحظ فريق العمل Working Group – أن مسودة المشروع المقدم من .I.C.C أعطيت عنوان Stand By Letter of Cridet and guarantees وهذا قد يفهم منه أن الخطاب المستندى بالضمان هو الآخر معروض للمناقشة فى حين أن الموضوع المعروض هو Bank guarantees فقط –

كما لاحظ فريق العمل ان القواعد الموحده للضمانات البنكية لا يمكن أن تغطى جميع مشاكل التطبيق – خاصة فى أحوال صرف الضمانات غير اَلْعَاَدِله أو غير القانونية – ولكنها يمكنها أن تقلل من هذه المشاكل.

ومسودة القواعد التى كانت معروضه على Uncitral تم اعدادها بمعرفة : -

A) I.C.C. Commission on Banking Tecknique and Practice.

B) I.C.C. Commission on International Commercial Practice.

وعقد اجتماع فينا المشار اليه سنة ١٩٨٨ من جميع الاعضاء الدول المهتمه بالمشاركة فى الموضوع وهم : - الارجنتين - أوستراليا - الصين - تشكوزلوفاكيا - هولاندا - نيجيريا - اسبانيا - السويد - الاتحاد السوفيتى - بريطانيا - ايرلندا - الولايات المتحدة.

كما حضرته الدول الآتية كمراقبين : أفغانستان - بلغاريا - كندا - كلومبيا - المانيا - اندونسيا - بولندا - السودان - تايلاند.

حضرته أيضاً كمراقبين المنظمات الدولية الآتية :

A) Commission of the European Communities.

B) Hague Confernce on Private International Law.

C) International Chamber of Commerce.

ورأس اجتماع اللجنة ممثل هولاندا Mr. A.S. Hartkam

وانتخب مقرراً اللجنة من الصين Mr. LTU DAGUO

وعرضت السكرتاريه جدول الاعمال الذى تضمن : -

أولاً : مذكرة السكرتاريه عن آخر مسوده للمشروع بعنوان « القواعد الموحده للضمانات» مقدم من .I.C.C

ثانياً : مذكرة السكرتارية بملاحظاتها على هذه المسودة أوضحت مندوبة .I.C.C خلفيات اعداد .I.C.C لمسودة المشروع الموحد للضمانات وقالت أنه يرجع الى أن القواعد الصادره فى اغسطس سنة ١٩٧٨ كان نجاحها محدوداً - والقواعد الجديدة هى عمل جاد لصياغة جديدة

توفق بين جميع المصالح المختلفة فى الضمانات – وأن هذا المشروع هو نموذج من مشروعات أخرى صادره عن .I.C.C خاصة قواعد U.C.P خطابات الاعتمادات المستندية Uniform Customs and Practice For Documentary Credits.

وبعد ذلك بدأ فريق العمل دراسة مسودة المشروع المقدم من .I.C.C مادة مادة مع ابداء الملاحظات على كل مادة على حده – ثم إنتهى تقرير فريق العمل باقتراح أن يتضمن المشروع النهائى .I.C.C بعض المواد الأضافية الآخرى ومن المفيد جداً مراجعة اعمال هيئة الأمم المتحدة Uncitral المنشـورة فى ١٩٨٨/٩/١٦ و١٩٨٨/٩/٢٨ و ١٩٨٨/١٢/١٢ و١٩٨٨/٣/٢١.

صدور القواعد الموحده الجديدة

صدرت وأعيد طبعها ١٩٩٢، ١٩٩٥ –١٩٩٦ آخر طبعه وندرسها فى طبعه ١٩٩٦ ماده ماده من الأصل باللغه الانجليزية لأن .I.C.C لم تصدرها باللغه العربية المعتمدة لديها. ونحصل مفهوم المواد ولا نترجمها مع إثبات الأصل الانجليزى – ونأخذ فى شرح كل مادة بما أوردته .I.C.C فى هذا الخصوص – وقد نشير اذا لزم الأمر، الى اعمال هيئة الامم المتحدة فى دراستها للمسودة بمعرفة فريق عمل Uncitral ونلاحظ ابتداء أن .I.C.C أعطت عنوانا جديداً للقواعد الجديدة هو القواعد الموحده للضمانات تحت الطلب.

I.C.C. Uniform Rules For Demand Guarantees

ولم تكن المسودة بهذا العنوان الذى صدرت به القواعد على ما أسلفنا.

مقدمة .I.C.C للقواعد الموحده

منذ حوالى ثلاثون عاماً ومنظمة .I.C.C تهتم بخطاب الضمان البنكى المستحق عند الطلب فى التجارة الدولية وشكلت فريق عمل من لجنة مباشرة التجارة الدولية – ولجنة البنوك الفنيه لوضع قواعد لعدم الاخلال بالمنافسه الدولية فى التجارة وتأمين صرف خطاب الضمان عند

الطلب وكانت المحاولات الاولى هى قواعد سنة ١٩٧٨ والتى مازالت ساريه الا أن يحين الوقت لإنهائها والقواعد الموحده الجديده اكثر إقتراباً لما هو جارى عليه العمل فعلاً فى خطابات الضمان المستحقه عند الطلب مع الأخذ فى الاعتبار تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة وتُحِدْ من المطالبات بالصرف غير المشروعه – ورأس فريق العمل فى اللجنتين المشار اليهما Dr. Rudolf Von Graffenried رأس اللجنة الفرعية Professor Roy Goode.

وهذه القواعد الموحده لا تغطى فقط العلاقة بين الضامن والمستفيد وانما أيضاً تلك المترتبه عن الضمانات المقابله.

والهدف هو تطبيق هذه القواعد عالمياً على خطاب الضمان البنكى المستحق بمجرد الطلب أو عند الاطلاع « وهو خطاب الضمان غير المشروط » – وأى التزام آخر من الضامن بالدفع يكون واجب الضامن هو دفع قيمة خطاب الضمان عند التقدم لصرفه كتابة مع أى مستند يكون منصوص عليه فيه – وهو ليس مشروطاً صرفه بخطأ الآمر.

ويختلف خطاب الضمان المستحق عند الطلب عن الاعتماد المستندى بالضمان الذى قد يكون مؤسساً على خطأ الآمر – وعلى أى حال لا يهم الضامن فى كليهما (الخطأ) وانما يهتم فقط بالمستندات الواجب ارفاقها.

وينظم الاعتماد المستندى بالضمان Stand by Letter of Credit القواعد الموحده لخطاب الاعتماد المستندى الصادر عن .I.C.C ويشار اليه U.C.P Custims and Practice For Documentary Credits وهو اكثر إنتشاراً من خطاب الضمان غير المشروط فى النشاط التجارى لأنه يشرك الاطراف ومستندات الصرف رهينة بارادة الآمر أكثر منها بالبنك وهو بذلك يكون أقرب لخطاب الاعتماد المستندى كما يرى بعض الشراح.

ولكن خطاب الاعتماد المستندى بالضمان يعتبر من الناحية الفنية والعملية مثيلاً وبديلاً عن خطاب الضمان البنكى غير المشروط ولنا عوده الى ذلك.

وهذه القواعد لا تطبق على أنواع الضمانات الآخرى والمؤسسه على أن التزام الضامن مؤسس فقط على خطأ الآمر - وهذه الضمانات واسعة الأنتشار ولكنها خارجه عن هذه القواعد.

وتوفر هذه القواعد للمستفيد ضماناً عاجلاً بمبلغ من المال لتغطية مخاطر عدم وفاء الآمر بالتزاماته وبالنسبة للآمر يتوقع على أساس من حسن النيه فى التعامل أن يخطر كتابه لماذا يطلب المستفيد الصرف، وهذا قد يحد من اساءة المستفيد استعمال حقه فى صرف خطاب الضمان.

وبالنسبه للضامن يرى أن خطاب الضمان غير المشروط يلزم أن يكون خالياً من أى شرط الا مجرد ابرازه عند طلب الصرف خاصه وشروط الضمان لا تطلب من الضامن النظر فيما إذا ما كان المستفيد والآمر قد نفذا التزامتهما من عدمه وتعبيرات وعبارات سند الضمان يلزم أن تكون واضحه فى ذلك.

وأخذت هذه القواعد فى اعتبارها خطابات الضمان المقابلة التى قد يصدرها الضامن الأصلى مباشرة أو بناء عن تعليمات عملية.

وتغطى هذه القواعد أصلاً خطاب الضمان غير ألمشروط ولكنها يمكن أن تغطى خطاب الضمان المشروط الذى فيه يلزم أن يقدم المستفيد تقريراً عن خطأ الآمر مع الاشارة أو عدم الاشارة الى طبيعة هذا الخطاء أو تقديم مستند من طرف ثالث ولكن الضمانات تنظمها هذه القواعد هى التى يلزم دفعها أساساً. بمجرد طلب الصرف، مرفقاً بها مستند أو أكثر - ليس معنى ذلك أن الصرف معلقاً على خطأ الآمر.

تحصيل مـواد القواعــد الموحـده
لخطاب الضمـان البنكي عـنـد الطلب

تحصيل المادة الأولى

تطبق هذه القـواعـد على أى ضمـان أو تعـديل يـكون - عند طلب اصـداره قد ذكـر فى سنده أنه تحكمه هذه القواعد وأنه يلزم جميع الأطراف ومقبول منهم وكذلك أى تعديل له.

وهذا نص المادة الأولى باللغة الانجليزية صياغة I.C.C.

A. SCOPE AND APPLICATION OF THE RULES

Article 1

These Rules apply to any demand guarantee and amendment thereto which Guarantor (as hereinafter described) has been instructed to issue and which states that it is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees of the International Chamber of Commerce (Publication No 458) and are binding on all parties thereto excepl as otherwise expressly stated in the Guarantee or any amendment therto.

تحصيل المادة الثانيه

(١) تعنى هذه القواعد بتعبير خطاب الضمان عند الطلب - أى ضمان أو التزام بالدفع أيا كانت تسـميته أو وضعـه صادر من بنك أو شركة تأمين أو طرف ثالث - تعـبر عنه هذه القواعـد بكلمة ضامن - وهو من يُصَـدِرُ كتابةً التزامـاً عليه بدفع مبلغـاً من النقود بناء

عن طلب كتابى من مستفيد - وفقاً للشروط الوارده فى نص سند الضمان - مرفقاً به المستندات المذكورة فى ورقة الضمان مثل شهادة من طرف ثالث أو حكم قضائى أو تحكيمى - وذلك بناء عن طلب الآمر أو المتعاقد الأصلى - أو بناء عن طلب بنك أو شركة تأمين أو أى طرف ثالث تنفيذاً لتعليمات المتعاقد الأصلى - لمستفيد معين.

والضمانات بطبيعتها منفصله عن العقد الأصلى أو شروط المقاوله التى تصدر بمناسبتها - ولا يرتبط الضامن بأى صوره بالعقد الأصلى أول المقاوله وشروطها - بالرغم من الاشاره اليها فى ورقة الضمان - وواجب الضامن هو دفع قيمة الضمان المذكورة فى سنده للمستفيد بمجرد تقدمه للصرف كتابة وتقديم المستندات المنصوص عنها فى سند الضمان والتى تكون فى ظاهرها موافقة لما هو وارد فى نص ورقة الضمان وكلمة الضمان المقابل تعنى أى ضمان أو التزام بالدفع من الآمر بأى تسميه يصدر كتابةً بدفع مبلغ من النقود للضامن - فى الضمان المقابل يكون قد دفعه بناء عن طلب كتابى مُرْفقاً به المستندات المنصوص عنها فى خطاب الضمان المقابل والتى يبدوا من ظاهرها أنها هى ذاتها المطلوبه فى سند هذا الضمان - والضمان المقابل بطبيعته منفصل عن الضمان الأصلى الذى صدرت تأسيساً عليه أو أى عقد أو مقاوله أو شروطها - ولا يرتبط المأمور باصدار الضمان المقابل بأى التزام فى هذا الخصوص حتى مع الإشارة فى نصه اليها وتعبير (كتابة) يشمل أيضاً البرقيات والتلكس والاخطار الالكترونى.

النص باللغة الانجليزية عن I.C.C.

B. DEFFINITIONS AND GENERAL PROVISIONS

Article 2

a) For the pupose of these Rules, a demand guarantee (hereinafter referred to as "Guarantee") means any guarantee, bond or other payment undertaking, however named or described, by a bank, insurance company or

other body or person (hereinafter called "the Guarantor") given in writing for the payment of money on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and such other document(s) (for example, a certificate by an architect or engineer, a judgment or an arbitral award) as may be specified in the Guarantee, such undertaking being given.

I) at the request or on the instructions and under the liability of a party (hereeinafter called "the Principal"); or.

II) at the request or on the instructions and under the liability of a bank, insurance company or any other body or person (hereinafter "the Instructing Party") acting on the instructions of a Principal to another party (hereinafter the "Beneficiary").

b) Guarantees by their nature are separate transactions from the contract (s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract (s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee. The duty of a Guarantor under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee.

c) For the purpose of these Rules, "Counter Guarantee" means any guarantee, bond or other payment undertaking of the Instructing Party, however named or described, given in writing for the payment of money to the Guarantor on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and other documents specified in the Counter-Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Counter-Guarantee. Counter-Guarantees are by

their nature separate transactions from the Guarantees to which they relate and from any underlying contract (s) or tender conditions, and Instructing Parties are in no way concerned with or bound by such Guarantees, contrac (s) or tender condition, s despite the inclusion of a reference to them in the Counter-Guarantee.

d) The expression "writing" and "written" shall include an authenticated teletransmission or tested electronic data interchange ("EDI") message equivalent thereto.

تحصيل المادة الثالثه

جميع التعليمات لاصدار الضمانات ومدّها وكذلك النص فيها على المد يجب أن تكون واضحه ومحدده ولا تتضمن تفصيلات زائده عما يجب - ويلزم وأن يذكر فيها المتعاقد الأصلى - والمستفيد والضامن الحد أعلا لقيمة الضمان ونوع العمله اللازم الدقع بها وتاريخ انتهاء الضمان وشروط المطالبه به - وشرط تخفيض قيمته - وذكر العمليه أو الصفقه التى صدر الضمان بمناسبتها.

هذا نص الماده الثالثة كما أوردتها I.C.C.

Article 3

All instructions for the issue of Guarantees and amendments thereto and Guarantees and amendments themselves should be clear and precise and should avoid excessive detail. Accordingly, all Guarantees should stipulate:

a) the Principal

b) the Beneficiary;

c) the Guarantor;

d) the underlying transaction requiring the issue of the Guarantee;

e) the maximum amount payable and the currency in which it is payable.

f) the Expiry Date and or Expiry Event of the Guarantee;

g) the terms for demanding payment.

h) any provision For reduction of the guarantee amount.

تحصيل المادة الرابعة

حق ألمستفيد فى المطالبه بالضمان غير مقبول الا إذا كان منصوص عليه فى سند الضمان أو فى تعديله - وهذا لا يؤثر فى حق المستفيد فى أن يتخذ الاجراءات التى تعطيه حق المطالبه من عدمه.

هذا نص المادة الرابعة كما أوردتها I.C.C.

Article 4

The Beneficiary's right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto.

This Article shall not, however, affect the Beneficiary's right to assign any proceeds to which he may be, or may become, entitled under the Guarantee.

تحصيل المادة الخامسة

جميع الضمانات والضمانات المقابله غير قابله للالغاء الا إذا نص فيها على ذلك.

Article 5

All Guarantees and Counter-Guarantees are irrevocable unless otherwise indicated.

تحصيل المادة السادسة

يسرى الضمان من تاريخ صدوره الا إذا نص فى ورقة الضمان على أن تاريخ سريانه يرد الى تاريخ لاحق أو أنه معلق على شرط مذكور فى خطاب الضمان وموافق عليه من الضامن على اساس من مستندات مذكوره فى سند الضمان.

هذا نص المادة السادسة صياغة .I.C.C

Article 6

A Guarantee enters into effect as from the date of its issue unless its terms expressly provide that such entry into effect is to be at a later date or is to be subject to conditions specified in the Guarantee and determinable by the Guarantor on the basis of any documents therein specified.

تحصيل المادة السابعة

حينما تصدر التعليمات للضامن باصدار الضمان - ولم يكن فى إستطاعة الضامن لأسباب قانونية أو تعليمات فى بلد الاصدار - إصدار الضمان وفقاً لشروطه - يجب على الضامن أن يخطر الآمر فوراً بوسائل الاتصالات اللاسلكيه أو أى وسيله آخرى بسبب عدم استطاعته وينتظر منه تعليمات آخرى - ولا يمكن الزام الضامن باصدار الضمان فى هذه الحاله اذ لم يرغب فى ذلك.

هذا نص الماده السابعه صياغة .I.C.C

Article 7

a) Where a Guarantor has been given instructions for the issue of a Guarantee but the instructions are such that, if they were to be carried out, the Guarantor would by reason of law or regulation in the country of issue be unable to fulfil the terms of the Guarantee, the instructions shall not

be executed and the Guarantor shall immediately inform the party who gave the Guarantor his instructions by telecommunication, or, if that is - not possible, by othe expeditious means, of the reasons for such inability and request approprriate instructions from that party.

b) Nothing in this Article shall oblige the Guarantor to issue a Guarantee where the Guarantor has not agreed to do so.

تحصيل المادة الثامنه

يجرى تخفيض قيمة الضمان للحد المتفق علي - أو بقيمة معينه فى يوم أو أيام محدده - أو تأسيساً على تقديم مستندات محددة فى صك الضمان لهذا الهدف للضامن.

هذا نص الماده الثامنة صياغة I.C.C.

Article 8

A Guarantee may contain express provision for reduction by a specified or determinable amount or amounts on a specified date or dates or upon presentation to the Guarantor of the document (s) specified for this purpose in the Guarantee.

تحصيل المادة التاسعة

جميع المستندات المحددة فى خطاب الضمان - وكذلك المُطَالبه - يلزم أن يدرسها الضامن- بعناية معقوله - ليتأكد من ظاهرها ما إذا كانت تبدو أنها هى ذاتها المذكورة فى سند الضمان فإذا لم يتأكد للضامن ذلك أولا حظ أنها متناقضه فعلية أن يرفضها.

هذا نص الماده التاسعة صياغة .I.C.C

Article 9

All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shell be examined by the Guarantor with reasonable care to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee. Where such documents do not appear so to conform or appear on their face to be inconsistent with one another, they shall be refused.

تحصيل المادة العاشرة

يمنح الضامن الوقت الكافى لدراسة المطالبه بالضمان غير المشروط ليقرر ما إذا كان سوف يصرفه أويرفض الصرف فإذا ما قرر الضامن رفض صرف خطاب الضمان - يلزم أن يخطر المستفيد فوراً بذلك بالاتصال اللاسلكى أو بأى وسيله عاجله أخرى - وأى مستندات تكون قد قدمت مع المطالبة يلزم حفظها للمستفيد.

هذا نص الماده العاشرة صياغة .I.C.C

Article 10

a) A Guarantor shall have a reasonable time within which to examine a demand under a Guarantee and to decide whether to pay or to refuse the demand.

b) If the Guarantor decides to refuse a demand, he shall immediately give notice thereof to of the Beneficiary by teletransmission, or, if that is not possible, by other expeditious means. Any documents presented under the Guarantee shall be held at the disposal of the Beneficiary.

تحصيل المادة الحادية عشرة

لا يتحمّل الضامن والمكلف بالضمان أى التزام أو مسئولية عن أى مستند قدم له سواء بالنسبة لما تضمنه من أقوال أو كان بلا فاعلية أو مزوّراً أو بالنسبه لمَضْمُونه وكذلك للمشروعية القانونية لأى مستند قدم له على العموم أو بالنسبة للإقرار المقدم ولا بالنسبة لحسن النيه أو التصرف لأى شخص كان.

هذا نص الماده الحادية عشرة صياغة I.C.C.

Article 11

Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuaracy, genuineness, falsification, or legal effect of any document presented to them or for the general and/or particular statements made therein, nor for the good faith or a acts or omissions of any person whomsoever.

تحصيل المادة الثانية عشرة

الضمّان والمكلفون بالضمان لا يتحملون أى التزام أو مسئولية عن ظروف التى ترجع الى تأخير أو فقد أى مراسلات - خطابات - أو مطالبات - أو مستندات أو أى أخطاء أخرى ناجمة عن وسائل النقل أو الاتصال - وكذلك بالنسبة للخطأ فى تحصيل الشروط وإستعابها ويحتفظون بالحق فى ابلاغ شروط الضمان أو أى جزء منه دون ترجمته.

نص الماده الثانية عشرة صياغة I.C.C.

Article 12

Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters, demands or documents or for delay, mutilation or other errors arising in the transmission of any telecommunication. Guarantors and Instructing

Parties assume no liability for errors in translation or interpretation of technical terms and reserve the right to transmit Guarantee texts or any parts thereof without translating them.

تحصيل المادة الثالثة عشرة

الضمّان والمكلفون بالضمان لا يتحملون أى التزام أو المسئولية المترتبة عن القوه القاهره – أو العصيان المدنى أو أحداث الشغب أو الثورات أو الحروب أو لأى أسباب أخرى خارجه عن ارادتهم أو الاضرابات التى ترتب عليها توقف العمل من أى طبيعة كانت.

نص الماده الثالثة عشرة صياغة I.C.C.

Article 13

Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility for consequences arising out of the interruption of their business by acts of God, riots, civil commotions, insurrections, wars or any other causes beyond their control or by strikes, lock-outs or industrial actions of whatever nature.

تحصيل المادة الرابعة عشرة

الضمان والمكلفون بالضمان يقومون بخدمة لطرف ثالث لحساب الآمر وتحت مسئوليته عن أى مخاطره – وهما لا يتحملان اى التزام أو مسئولية إذ لم يستطيعا تنفيذ تعليمات الآمر حتى لو ظاهروا طلب المستفيد – ويكون المتعاقد الأصلى مسئولاً عن تعويض الضامن أو المكلف بالضمان لو كانت هناك اى مخالفه للالتزامات والمسئوليات المقرره بقوانين أو عرف أجنبى.

نص الماده الرابعة عشرة صياغة I.C.C.

Article 14

a) Guarantor and Instructing Parties utilising the services of another party

for the purpose of giving effect to the instructions of a Principal do so for the account and at the risk of that Principal.

b) Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility should the instructions they transmit not be carried out even if they have themselelives taken the initiative in the choice of such other party.

c) The Principal shall be liable to indemnify the Guarantor or the Istructing Party, as the case may be, against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws and usages.

تحصيل المادة الخامسة عشرة

الضمّان والمكلفون بالضمان لا يُعْفَيهِمْ من التزاماتهم أو مسئوليتهم وفقاً لنص المادتين ١١، ١٢، ١٤ من هذه القواعد اذا لم يكونوا حسن النيه أو لم يبذلوا العناية الواجبه.

هذا نص الماده الخامسة عشرة صياغة I.C.C.

Article 14

Guarantor and Instructing Parties shall not be excluded from liability or responsibility under the terms of Articles 11, 12, and 14 above for their failure to act in good faith and with reasonable care.

تحصيل المادة السادسة عشرة

الضامن ملتزم فى مواجهة المستفيد وحده طبقاً للشروط الوارده بخطاب الضمان أو أى تعديل لها أو طبقا لهذه الشروط وذلك فى حدود لا تتجاوز المبلغ المنصوص عنه فى خطاب الضمان أو تعديله.

هذا نص الماده السادسة عشرة صياغة I.C.C.

Article 16

A Guarantor is liable to the Beneficiary only in accordance with the terms specified in the Guarantee and any amendment (s) thereto and in these Rules, and up to an amount not exceeding that stated in the Guarantee and any amendment (s) thereto.

تحصيل المادة السابعة عشرة

فى حالة المطالبه بالضمان دون تعارض فيما نصت عليه الماده ١٠، يجب على الضامن ودون تأخير إخطار المتعاقد الأصلى أو المكلف بالضمان الذى يكون عليه اخطار المتعاقد الأصلى.

هذا نص الماده السابعة عشرة صياغة I.C.C.

D. DEMANDS

Article 17

Without prejudice to the terms of Article 10, in the event of a demand the Guarantor shall without delay so inform the Principal or, where applicable, his Instructing Party, and in that case the Instructing Party shall so inform the Principal.

تحصيل المادة الثامنة عشرة

يخفض أى مبلغ يدفع على اساس الضمان بقيمة ما سبق أن دفعه الضامن لأى مبالغ من قيمة الضمان طالما أن قيمة كامل الضمان قد تم دفعها كاملة أو بعد التخفيض - وبذلك ينتهى الضمان سواء رَدّ المستفيد سنده أو لم يَرُده.

هذا نص الماده الثامنة عشرة صياغة .I.C.C

Article 18

The amount payable under a Guarantee shall be reduced by the amount of any payment made by the Guarantor in satisfaction of a demand in respect thereof and, where the maximum amount payable under a Guarantee has been satisfied by payment and/or reduction, the Guarantee shall thereupon terminate whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

تحصيل المادة التاسعة عشرة

والمطالبة يجب أن تتم خلال أجل الضمان وطبقاً لشروطه وذلك معناه عند تاريخ إنتهاء الضمان أو قبل ذلك أو تحقق الواقعة المنهية للضمان كما هو وارد بنص المادة ٢٢ وأى مستندات نص عليه فى سند الضمان لازمه للمطالبه وأى اقرار مطلوب طبقاً للمادة ٢٠ يلزم تقديمه للضامن قبل موعد الانتهاء فى مكان الاصدار والا رفضت المطالبه من الضامن.

هذا نص الماده التاسعة عشرة صياغة .I.C.C

Article 19

A demand shall be made in accordance with the terms of the Guarantee before its expiry, that is, on or before its Expiry Date and before any Expiry Event as defined in Article 22. In particular, all documents specified in the Guarantee for the purpose of the demand, and any statement required by Article 20, shall be presented to the Guarantor before its expiry at its place of issue; otherwise the demand shall be refused by the Guarantor.

تحصيل المادة العشرين

أى مطالبه بالدفع بخطاب الضمان يجب أن تكون كتابةً ومتفقةً مع اى مستندات

مذكورة فيه - يظاهرها اقرار من المستفيد مكتوب إما فى نص ورقة المطالبه أو فى ورقة منفصله مرفقة بالمطالبه وتشير اليه فيها - يذكر فيها أن المتعاقد الأصلى أخَلّ بالتزاماته فى العقد، وأن المقاول خالف شروط المقاوله، وطبيعة المخالفة؛ وأى مطالبه بخطاب الضمان المقابل يلزم ان يظاهره إقرار كتابى بأن المطالبه الْمُتَسَلّمَه للضامن هى طبقاً لشروط الضمان ولما ذُكَرَ فى هذه المادة؛ ويعمل بالفقرة A إلا إذا استبعدها نص ورقة الضمان وكذلك الفقره الثانية ليس فى هذه المادة ما يؤثر على إعمال بمقتضى المواد ١١ و٩ 2B - 2 C.

<u>هذا نص الماده العشرين صياغة I.C.C.</u>

Article 20

a) Any demand for payment under the Guarantee shall be in writing and shall (in addition to such other documents as may be specified in the Guarantee) be supported by a written statement (whether in the demand itself or in a separate document or documents accompanying the demand and referred to in it) stating :

(i) that the Principal is in breach of his obligations (s) under the underlying contract (s) or, in the case of a tender guarantee, the tender conditions; and.

(ii) the respect in which the Principal is in breach.

b) Any demand under the Counter-Guarantee shall be supported by a written statement that the Guarantor has received a demand for payment under the Guarantee in accordance with its terms and with this Article.

c) Paragraph (a) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Guarantee. Paragraph (b) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Counter-Guarantee.

d) Nothing in this Article affects the application of Articles 2 (b) and 2 (c), 9 and 11.

تحصيل المادة الوحدة والعشرين

يجب على الضامن تحويل مطالبة المستفيد دون تأخير وجميع المستندات المرفقة بها الى المتعاقد الأصلى أو للمكلف بالضمان ليحيلها الى المتعاقد الأصلى.

هذا نص الماده الواحدة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 21

The Guarantor shall without delay transmit the Beneficiary's demand and any related documents to the Principal or, where applicable, to the Instructing Party for transmission to the Principal.

تحصيل المادة الثانية والعشرين

إنتهاء أجل الضمان المنصوص عنه فيه والذى يلزم تقديم المطالبه فى خلاله يجب ان يكون محدداً باليوم والشهر والساعه - ويُرَدْ تاريخ انتهاء الضمان طبقاً لنصه للأجل المحدد لتقديم المستندات المنصوص عليها فيه أو لتحقق واقعة معينه - فإذا نص فى سند الضمان على أجل انتهائه وكذلك على قيام الواقعة المنهيه له - فى هذه الحالة - ينتهى أجل الضمان لأقرب الأجلين سواء ردت ورقة الضمان وسنده أو ورقة مَده أو لم تردا.

هذا نص الماده الثانية والعشرين صياغة I.C.C.

Article 22

Expiry of the time specified in a Guarantee for the presentation of demands shall be upon a specified calendar date ("Expiry Date") or upon presentation to the Guarantor of the document (s) specified for the purpose of expiry ("Expiry Event"). If both an Expiry Date and an Expiry Event are specified in a Guarantee, the Guarantee shall expire on whichever of the Expiry Date or Expiry Event occurs first, whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

تحصيل المادة الثالثة والعشرين

بصَرْفُ النظر عن أى نص فى سند الضمان عن تاريخ إنتهائه يلغى الضمان بتسليم سنده للضامن – أو إذ قرر المستفيد كتابةً بإعفاء الضامن من مسئوليته عن الضمان – وذلك سواء رد أو لم يرد سند الضمان.

هذا نص الماده الثالثة والعشرين صياغة .I.C.C

Article 23

lrrespective of any expiry provision contained therein, a Guarantee shall be cancelled on presentation to the Guarantor of the Guarantee itself or the Beneficiary's written statement of release from liability under the Guarantee, whether or not, in the latter case, the Guarantee or any amendments thereto are returned.

تحصيل المادة الرابعة والعشرين

إذا إنتهى الضمان بالدفع؛ أو بإنتهاء أجله؛ أو بالغائه ؛ أو لأى سبب آخر. فإن إعادة سند الضمان وأى تعديل له أو عدم إعادته لا يعطى للمستفيد أى حق من أى نوع تأسيساً على الضمان.

هذا نص الماده الرابعة والعشرين صياغة .I.C.C

Article 24

Where a Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise, rtention of the Guarantee or of any amendments thereto shall not preserve any rights of the Beneficiary under the Guarantee.

تحصيل المادة الخامسة والعشرين

يجب على الضامن - دون تأخير اخطار المتعاقد الاصلى بمجرد علمه بإنتهاء الضمان سواء كان ذلك بدفع قيمته؛ أو إنتهاء أجله أو الغائه أو لأى سبب آخر - وكذلك إذ كان هناك تخفيض لقيمته - وفى حالة الضمان المقابل يخطر الضامن فيه ويكون عليه إخطار المتعاقد الأصلى.

هذا نص الماده الخامسة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 25

Where to the knowledge of the Guarantor the Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise, or there has been a reduction of the total amount payable thereunder, the Guarantor shall without delay so notify the Princpal or, where applicable, the Instructing Party and, in that case, the Instructing Party shall so notify the Principal.

تحصيل المادة السادسة والعشرين

إذا طلب المستفيد « الدفع أو المد » طبقاً لشروط ونصوص خطاب الضمان أو وفقاً لهذه القواعد - فعلى الضامن اخطار الآمر فوراً ومع اعطاء المهله المعقوله للآمر والمستفيد للاتفاق على ذلك ودياً وكذلك حتى يتمكن الآمر من اتخاذ ما يلزم لمد أجل الضمان - وإذا لم يتم المد - يكون الضامن مضطراً للدفع للمستفيد - دون انتظار أى تعليمات من الآمر - ولا يتحمل الضامن اى مسئولية عن الفوائد وخلاف ذلك إذا ما تأخر الدفع للمستفيد بسبب هذه الاجراءات؛ وإذا وافق الآمر على المد؛ فلا يسرى حتى يوافق عليه الضامن الأصلى؛ والضامن فى الضمان المقابل.

هذا نص الماده السادسة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 26

It the Beneficiary requests an extension of the validity of the Guarantee as an alternative to a demand for payment submitted in accordance with the terms and conditions of the Guarantee and these Rules, the Guarantor shall without delay so inform the party who gave the Guarantor his instructions. The Guarantor shall then suspend payment of the demand for such time as is reasonable to permit the Principal and the Beneficiary to reach agreement on the granting of such extension and for the Principal to arrange for such extension to be issued.

Unless an extension is granted within the time provided by the preceding paragraph, the Guarantor is obliged to pay the Beneficiary's conforming demand without requiring any further action on the Beneficiary's part. The Guarantor shall incur no liability (for interest or otherwise) should any payment to the Beneficiary be delayed as a result of the above- mentioned procedure

Even if the Principal agrees to or requests such extension, it shall not be granted unless the Guarantor and the Instructing Party or Parties also agree thereto.

تحصيل المادة السابعة والعشرين

يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد نشاط الضامن أو المكلف بالضمان فى الضمان المقابل حسب الاحوال - واذا كان لهما اكثر من مقر للنشاط يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذى صدر منه خطاب الضمان فى الحالتين ذلك إذ لم ينص فى سند الضمان على القانون الواجب التطبيق.

هذا نص الماده السابعة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 27

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter-Guarantee. its governing law shall be that of the place of business of the Guarantor or Instructing Party (as the case may be), or, if the Guarantor or Instructing Party has more than one place of business, that of the branch that issued the Guarantee or Counter-Guarantee.

تحصيل المادة الثامنة والعشرين

أى خلاف ينشأ بين الضامن والمستفيد خاص بخطاب الضمان وكذلك خلاف الضامن الأصلى مع البنك المصدر للضمان فى خطاب الضمان المقابل يكون الاختصاص فيه معقود لمحكمة الضامن أو محكمه البنك المصدر للضمان المقابل حسب الاحوال - وهى محكمه مركز نشاط أحدهما - فإذا كان لهما أكثر من مركز نشاط ينعقد الاختصاص لمحكمة الفرع الذى أصدر خطاب الضمان أو الضمان المقابل حسب الاحوال - ذلك إذا لم ينص فى سند الضمان على المحكمه المختصه.

هذا نص الماده الثامنة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 28

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter-Guarantee. any dispute between the Guarantor and the Beneficiary relating to the Guarantee or between the Instructing Party and the Guarantor relating to the Counter-Guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the place of business of the Guarantor or Instructing Party (as the case may be), or, if the Guarantor or Instructing Party has more than one place of business, by the competent court of the country of the branch which issued the Guarantee or Counter-Guarantee.

توضيح :

حصلنا قواعد URDG – بالعربية ونقلنا النص باللغة الانجليزية طبقاً لصياغة .I.C.C – وقد آثرنا عدم ترجمة النصوص سواء بالنسبة لقواعد URDG لسنة ١٩٩٢ أو بالنسبة لقواعد URCG لسنة ١٩٧٨. ذلك لأن الكلمات والتعبيرات لها معانيها المتخصصة فى كل علم أو فن – ولها أيضاً معانيها اللغوية – وقد تفهم الكلمة الواحده وتدل على أكثر من معنى بفرق طفيف – وفى ترجمة نصوص القانون يجب أن نختار الكلمة المتخصصة التى تؤدى المعنى الذى قصده المشرع – وقد نختار فى الترجمة كلمة أو جمله باللغة العربية ليست هى بذاتها المقصود معناها باللغة التى نقلنا عنها من المشرع – لذلك كان يجب على .I.C.C أن تصدر نصاً باللغة العربية، المعتمد لديها وعند الأمم المتحدة أيضاً ولكنها لم تفعل؛ لذلك آثرنا تحصيل معنى المواد دون ترجمتها.

وتوضيحاً لذلك نضرب بعض الأمثلة فى موضوعنا.

١ – كلمة Terminology Guarantee – هى بذاتها فى معناها تساوى كلمة Independant Guarantee . ومع هذا فليس ذلك. كذلك لغوياً وفى الاستعمال فى لغة القانون لأن تعبير Independant Guarantee يعطى المعنى المضاد لتعبير Accessory Guarantee أو تعبير Conditional Guarantee والكلمة الأولى لا تغطى هذه المعانى.

٢ – وتعبير Independent Guarantee يستعمل أيضاً بمعنى -First Demand Guaran tee – ولكن التعبير الأول وحده دون الثانى هو الذى ينطوى فى معناه على أساليب وإجراءات دفع قيمة خطاب الضمان عند المطالبة – ولا يفهم ذلك أيضاً من تعبير Demand Guarantee المقابل Condition Guarantee .

٣ – وقد جرى التعامل فى البنوك على أن وضع كلمة «Guarantee» بين قوسين فإنها تعطى معنيين، فإما أن يكون المقصود بها الضمان الاحتياطى Accessor Guarantee أو يكون

المقصود بها الضمان القائم بذاته المستقل Independant Guarantee وهما ضدان - وهذامُحَيّر !!.

٤ - وكثيراً ما تستعمل كلمة Guarantee للتعبير عن الضمان الثانى الذى يرجع الدائن فيه على الضامن بعد الرجوع على المدين الأصلى أو مع الرجوع على المدين الأصلى فى حالة التضامنوالتضامم - والتعبير عن ذلك يلزم أن يكون بكلمة Suretyship Guarantee .

٥ - وكلمتى Independent & Irrevocable تحوى الأولى معنى الثانية - كذلك بالنسبة لكلمتى Unconditional & Abstract ففى احدهما معنى الأخرى وإن إختلفا.

٦ - أما كلمة Bond - فهى وحدها مشكلة يعبر عنها عن الالتزام بضمان التمويل Per Formance Bond أو فى ضمانات العطاءات Bid Bond أو فى ضمانات المقاولات Bid Tender وكلمة Bond أو كلمة Bid تستعمل بدلاً من كلمة Guarantee .

وهكذا نرى مدى الحيره والشك وعدم اليقين حينما نهدف الى تحديد معانى هذه الكلمات والمقصود منها وبها تماماً عند ترجمة نص قانونى؛ يجب أن يعكس مقصد المشرع وهذه مسئولية من شرع URDG وكذلك URCG . فإذا أضفنا الى ذلك الاختلاف فى الفهم والتعبير من بلد لآخر؛ فإن هذا يعطينا كامل الحق فى تحصيل معانى المواد وليس ترجمتها خاصة بالنسبة للقواعد الدولية والقوانين - **ولكن يجب الا نغفل أبداً أن هذه المواد تكتب فى المعاملات الدولية باللغة الاجنبية لذلك لزم الابقاء على نصها بلغاتها** - وهذه المشكلة لا تقوم ولا مكان لها أبداً فى ترجمة الكتب أو المجلات أو النشرات ذلك أنه يمكن ترجمة الكلمة بجمله أو أكثر لتحديد المعنى المقصود منها واثبات الكلمة ومترادفاتها. وقد عبرنا فى هذا الكتاب بعبارات خطاب الضمان المشروط أو غير المشروط أو المستحق عند الاطلاع أو المستحق عند الطلب أو النظيف أو المستقل أو غير المعلق على شرط. لنحدد المعنى الذى نريده.

الملامـــح الأساسيـة لقـواعـــد URDG

الصادرة في ابريل سنة ١٩٩٢

عـــــن I.C.C.

هذه القواعد اختيارية التطبيق - وليس هناك أى التزام بأعمال مقتضاها، يستوى فى ذلك قواعد URDG لسنة ٩٢ أو قواعد URCG لسنة ٧٨ - ولأطراف خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدولية كامل الحريه فى اختيار تطبيقها من عدمه والنص على ذلك فى ورقة الضمان ولهم أن يأخذوا ببعض النصوص فقط فهى ذات طبيعة تعاقدية أى يلزم الاتفاق عليها كلياً أو جزئياً. كما يمكن للأطراف أيضاً أن ينصوا فى سند الضمان على شروط صرفه أو النص على أنه غير مشروط - وكذلك النص فى الحاله الأولى على المستندات الواجب تقديمها والجهه الواجب أن تصدر عنها هذه المستندات اللازم ارفاقها بطلبه الصرف.

وقد ينص على القانون الواجب التطبيق فى سند الضمان وكذلك على المحكمه المختصه أو هيئة التحكيم المعينه منهم أو محاكم التحكيم للمؤسسات الدولية أو هيئة الأمم المتحدة.

ولكن خطاب الضمـان سوف يتـأثر بقواعد URDG لأن هذه القـواعد إنما تقنن العرف الدولى والبنكى والسارى عليه العمل فى خطابات الضمـان البنكيه مشروطه كانت أو غير مشروطه. وبمرور الزمن سوف تسهم هذه القواعد فى استقرار هذا العرف - ويتـأثر أى خطاب ضمان بنكى فى التجارة الدولية بها.

والقول بأن خطاب الضمـان البنكى مستقل بذاته يقصد منه أنه مستقلا عن العلاقات المحيطه به وهذا يعنى أن الالتزام بالدفع عند المطالبه بقيمة الضمان لا تخضع الا لما ذكر فى سنده وهذا ما نصت عليه قواعد URDG أيضاً.

والبنوك عند مراجعة المستندات اللازم تقديمها عند الصرف انما تراجعها من ناحية الشكل فقط للتأكد من أنها صادره من الجهه المناط بها اصدارها طبقاً لنص خطاب الضمـان -

وليس من شأن البنوك التدخل فى العلاقة التجارية بين الآمر والمستفيد ومعرفة حقيقة ما تم بينهما – هذا العرف البنكى نصت عليه قواعد URDG فى المادة ٢/ب والمادة ٨-٩-١٠، ٢٢ سواء بالنسبة لقيمة الضمان – أو دراسة طلب الصرف ومستنداته أو بالنسبه لأجل الضمان.

وإذا ما نص فى – سند خطاب الضمان المستحق عند الاطلاع أو بمجرد الطلب أو النظيف – اذا ما نص فيه – على أنه خاضع لقواعد URDG – فهل يلتزم البنك عند طلب الصرف الرجوع لهذه القواعد قبل الصرف ؟ إنه إن فعل .. فهو يخالف نص سند الضمان وطبيعته.

ولا تعارض بين استقلالية خطاب الضمان والشروط الوارده فى سنده والمستندات المنصوص عليه فى هذا السند عند طلب الصرف لأن البنك يأخذ بظاهر الاوراق ومطابقتها بما ذكر فى سند الضمان. ويجب يفهم نص المادة ٢/ب وكذلك المادة ٩ من قواعد URDG على هذا الاساس.

وخطاب الضمان غير المشروط أو المستحق بمجرد الاطلاع قد ينص فيه على أن يقدم المستفيد عند طلب الصرف إقراراً بأن الآمر خالف أو أخطاء فى تنفيذ العقد الأصلى – وليس على البنك الا طلب هذا الاقرار دون دراسته موضوعياً لما ورد به.

وقواعد URDG لم توضع لتعالج جميع المشاكل الناجمه عن خطاب الضمان كذلك تركت عمداً المواضيع الشائكه أو الخلافية – فلم تتورط فى وضع مواد تغطى العلاقة بين المتعاقد الأصلى والبنك، فهذه العلاقة أولاً خارجه عن خطاب الضمان المستقل بذاته وثانياً لأن هذه العلاقة تخضع لعقد الخدمة المصرفيه بين البنك والآمر.

وموضوع الغش فى الصرف أو الصرف غير المشروع لم تذكره أيضاً قواعد URDG لأنه خارج عن خطاب الضمان ويرجع لعقد الآمر والمستفيد.

وهذه القواعد قاصره على خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوليه فى القمام الأول – ولكن – ليس ثمة ما يمنع من تطبيقها فى النشاط المحلى إذا سمحت القوانين الوطنية بذلك.

وليس هناك أى ضروره لتغيير عنوان قواعد URDG بمقوله أنها عالجت فى نص المادة ٢

فقرة أ موضوع خطابات الضمان المشروطه - لأن أى خطاب ضمان فى الواقع هو مشروط حتى وإن كان شرطه هو تقديم طلب بصرفه وإعطاء سنده بعد الصرف أو تقديم اقرار معين طبقاً لنصه - فإذا كان الشرط هو تقديم حكم أو قرار تحكيم طبقا لنصه فلا يغير ذلك فى طبيعة خطاب الضمان البنكى - وأكثر ما يمكن أن يقال أن قواعد URDG عالجت فى هذه المادة حالة صرف خطاب ضمان شروطه.

ونرى أن هذه القواعد هى خطوه واسعه لتأكيد دور خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوليه واستقرار العرف الدولى والبنكى فى مفهوم خطاب الضمان وكذلك تأكيد عرف القضاء الدولى فى هذا الخصوص وهى أى قواعد URDG وإن لم تتعرض للتكييف القانونى أو لتعريف خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية الا أنها أرستها وأخذت بها طبقاً لما أوردناه فى تعريفنا لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية.

Uniform Rules For Contrct Bonds'

U.R.C.B

- ويخرج عن هذه الدراسة القواعد التى أصدرتها .I.C.C تحت رقم ٥٢٤ فى ابريل سنة ١٩٩٣ وصدرت سنة ١٩٩٤.

لأنها تعالج الضمان الثانى كما تقرر المادتين ٣ , ٤ - وتأسس على خطأ الآمر الذى يملك الدفوع والدفاع الناتجة عن العقد الأصلى ضد المستفيد - وكذلك الضامن له هذه الحق - وفيها يلزم إثبات خطأ الآمر حتى يصرف المستفيد (المادة ٧) التى لم توضح ومتى وفى أى الظروف يلتزم الضامن بالدفع - وهذه القواعد تختلف تماماً فى طبيعتها عن مفهوم خطاب الضمان الدولى وكذلك فهى خارجه عن دراستنا.

رابعاً : اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص الضمانات غير المشروطة - وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان ١١/١٢/١٩٩٥ نيويورك

Uncitral United Nations Convention on Independant Guarantees and Stand-By Letter of Credit

وهذه ليست قواعد موحده لخطاب الضمان البنكى وانما هى اتفاقية دولية مفتوحة للدول لمن يرغب التوقيع عليها والالتزام بنصوصها - وهى غير ساريه المفعول إلا على من يوقعها - ومازال متاح الانضمام اليها حتى ١١/١٢/٩٧ وهى لم توضع بعد موضع التطبيق طبقاً لنصوصها طبقاً لما ورد فى المواد ٢٣ وما بعدها.

وثانياً أنه من المفيد أن تنقل نصها فى هذا الكتاب للاحاطه ليس إلا - وبلغتها الأصليه الانجليزية.

نصوص الاتفاقية

UNITED NATIONS CONVENTION ON INDEPENDENT GUARANTEES AND STAND-BY LETTERS OF CREDIT,

New York, 11 December 1995

CHAPTER 1. SCOPE OF APPLICATION

Article 1

Scope of application

1 - This Convention applies to an international undertaking referred to in article 2 :

(a) If the place of business of the guarantor/issuer at which the undertaking is issued is in a Contracting State, or.

(b) If the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State, unless the undertaking excludes the application of the Convention.

2 - This Convention applies also to an international letter of credit not falling within article 2 if it expressly states that it is subject to this Convention.

3 - The provisions of articles 21 and 22 apply to international undertakings referred to in article 2 independently of paragraph (1) of this article.

Article 2

Undertaking

1 - For the purposes of this Convention, an undertaking is an independent commitment, known in international practice as an independent guarantee or as a stand-by letter of credit, given by a bank or other institution or person ("guarantor/issuer") to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or on account of any mature indebted-

ness undertaken by the principal/applicant or another person.

2 - The undertaking may be given :

(a) At the request or on the instruction of the customer ("principal/ applicant") of the guarantor/issuer;

(b) on the instruction of another bank, institution or person ("instructing party") that acts at the request of the customer ("principal/applicant") of that instructing party; or

(c) On behalf of the guarantor/issuer itself.

3 - Payment may be stipulated in the undertaking to be made in any form, including :

(a) Payment in a specified currency or unit of account;

(b) Acceptance of a bill of exchange (draft);

(c) Payment on a deferred basis;

(d) Supply of a specified item of value.

4 - The undertaking may stiplulate that the guarantor/issuer itself is the beneficiary when acting in favour of another person.

Article 3

Independence of undertaking

For the purposes of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/issuer's obligation to beneficiary is not :

(a) Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction,

or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees relate);

or

(b) Subject to any term condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/issuer's sphere of operations.

Article 4

Internationality of undertaking

1 - An undertaking is international if the places of business, as specified in the undertaking, of any two of the following persons are in different States: guarantor/issuer, beneficiary, principal/applicant, instructing party, confirmer.

2 - For the purposes of the preceding paragraph :

(a) If the undertaking lists more than one place of business for a given person, the relevant place of business is that which has the closest relationship to the undertaking;

(b) If the undertaking does not specify a place of business for a given person but specifies its habitual residence, that residence is relevant for determining the international character of the undertaking.

CHAPTER II. INTERPRETATION

Article 5

Principles of interpretation

In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in the international practice of independent guarantees and stand-by letters of credit.

Article 6

Definitions

For the purposes of this Convention and unless otherwise indicated in a provision of this Convention or required by the context :

(a) "Undertaking" includes "counter-guarantee" and confirmation of an undertaking;

(b) "Guarantor/issuer" includes "counter-guarantor" and confirmer;

(c) "Counter-guarantee" means an undertaking given to the guarantor/ issuer of another undertaking by its instructing party and providing for payment upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertakin, indicating, or from which it is to be inferred, that payment under that other undertaking has been demanded from, or made by, the person issuing that other undertaking.;

Uncitral convention on independent guarantees.

(**d**) "Counter-guarantor" means the person issuing a counter-guarantee;

(**e**) "Confirmation" of an undertaking means an undertaking added to that of the guarantor/issuer, and authorized by the guarantor/issuer, providing the beneficiary with the option of demanding payment form the confirmer instead of from the guarantor/issuer, upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the confirmed undertaking, without prejudice to the beneficiary's right to demand payment from the guarantor/issuer;

(**f**) "Confirmer" means the person adding a confirmation to an undertaking;

(**g**) "Document" means a communication made in a form that provides a complete record thereof.

CHAPTER III. FORM AND CONTENT OF UNDERTAKING

Article 7

Issuance, form and irrevocability of undertaking

1 - Issuance of an undertaking occurs when and where the undertaking leaves the sphere of control of the guarantor/issuer concerned.

2 - An undertaking may be issued in any form which preserves a complete record of the text of the undertaking and provides authentication of its source by generally accepted means or by a procedure agreed upon by

the guarantor/issuer and the beneficiary.

3 - From the time of issuance of an undertaking, a demand for payment may be made in accordance with the terms and conditions of the undertaking. unless the undertaking stipulates a different time.

4 - An undertaking is irrevocable upon issuance, unless it stipulates that is revocable.

Article 8

Amendment

1 - An undertaking may not be amended except in the form stipulated in the undertaking or, failing such stipulation, in a form referred to in paragraph (2) of article 7.

2 - Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, an undertaking is amended upon issuance of the amendment if the amendment has previously been authorized by the beneficiary.

3 - Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, where any amendment has not previously been authorized by the beneficiary, the undertaking is amended only when the guarantor/issuer receives a notice of acceptance of the amendment by the beneficiary in a form referred to in paragraph (2) of article 7.

4 - An amendment of an undertaking has no effect on the rights and obligations of the principal/applicant (or an instructing party) or of a con-

firmer of the undertaking unless such person consents to the amendment.

Article 9

Transfer of beneficiary's right to demand payment

1 - The beneficiary's right to demand payment may be transferred only if authorized in the undertaking, and only to the extent and in the manner authorized in the undertaking.

2 - If an undertaking is designated as transferable without specifying whether or not the consent of the guarantor/issuer or another authorized person is required for the actual transfer, neither the guarantor/issuer nor any other authorized person is obliged to effect the transfer except to the extent and in the manner expressly consented to by it.

Article 10

Assignment of proceeds

1 - Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the beneficiary may assign to another person any proceeds to which it may be, or may become, entitled under the undertaking.

2 - If the guarantor/issuer or another person obliged to effect payment has received a notice originating from the beneficiary, in a form referred to in paragraph (2) of article 7, of the beneficiary's irrevocable assign-

ment, payment to the assignee discharges the obligor, to the extent of its payment, from its liability under the undertaking.

Article 11

Cessation of right to demand payment

1 - The right of the beneficiary to demand payment under the undertaking ceases when :

(a) The guarantor/issuer has received a statement by the beneficiary of release from liability in a form referred to in paragraph (2) of article 7;

(b) the beneficiary and the guarantor/issuer have agreed on the termination of the undertaking in the form stipulated in the undertaking or, failing such stipulation, in a form referred to in paragraph (2) of article 7;

(c) The amount available under the undertaking has been paid, unless the undertaking provides for the automatic renewal or for an automatic increase of the amount available or otherwise provides for continuation of the undertaking;

(d) The validity period of the undertaking expires in accordance with the provisions of article 12.

2 - The undertaking may stipulate, or the guarantor/issuer and the beneficiary may agree elsewhere, that return of the document embodying the undertaking to the guarantor/issuer, or a procedure functionally equivalent to the return of the document in the case of the issuance of the

undertaking in non-paper form, is required for the cessation of the right to demand payment, either alone or in conjunction with one of the events referred to in subparagraphs (a) and (b) of paragraph (1) of this article. However, in no case shall retention of any such document by the beneficiary after the right to demand payment ceases in accordance with subparagraph (c) or (d) of paragraph (1) of this article preserve any rights of the beneficiary under the undertaking.

Article 12

Expiry

The validity period of the undertaking expires :

(a) At the expiry date, which may be a specified calendar date or the last day of a fixed period of time stipulated in the undertaking, provided that, if the expiry date is not a business day at the place of business of the guarantor/issuer at which the undertaking is issued, or of another person or at another place stipulated in the undertaking for presentation of the demand for payment, expiry occurs on the first business day which follows;

(b) If expiry depends according to the undertaking on the occurrence of an act or event not within the guarantor/issuer's sphere of operations, when the guarantor/issuer is advised that the act or event has occurred by presentation of the document specified for that purpose in the undertaking or, if no such document is specified, of a certification by the beneficiary of the occurrence of the act or event;

(c) If the undertaking does not state an expiry date, or if the act or event on which expiry is stated to depend has not yet been established by presentation of the required document and an expiry date has not been stated in addition, when six years have elapsed from the date of the undertaking.

CHAPTER IV. RIGHTS, OBLIGATIONS AND DEFENCES

Article 13

Determination of rights and obligations

1 - The right of the obligations of the guarantor/issuer and the beneficiary arising from the undertaking are determined by the terms and conditions set forth in the undertaking including any rules, general conditions or usages specifically referred to therein, and by the provisions of this Convention.

2 - In interpreting terms and conditions of the undertaking and in settling questions that are not addressed by the terms and conditions of the undertaking or by the provisions of this Converntion, regard shall be had to generally accepted international rules and usages of independent guarantee or stand-by letter of credit practice.

Article 14

Standard of conduct and liability of guarantor/issuer

1 - In discharging its obligations under the undertaking and this Conven-

tion, the guarantor/issuer shall act in good faith and exercise reasonable care having due regard to generally accepted standards of international practice of independent guarantees or stand-by letters of credit.

2 - A guarantor/issuer may not be exempted from liability for its failure to act in good faith or for any grossly negligent conduct.

Article 15

Demand

1 - Any demand for payment under the undertaking shall be made in a form referred to in paragraph (2) of article 7 and in conformity with the terms and conditions of the undertaking.

2 - Unless otherwise stipulated in the undertaking, the demand and any certification or other document required by the undertaking shall be presented, within the time that a demand for payment may be made, to the guarantor/issure at the place where the undertaking was issued.

3 - The beneificiary, when demanding payment, is deemed to certify that the demand is not in bad faith and that none of the elements referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19 are present.

Article 16

Examination of demand and accompanying documents

1 - The guarantor/issuer shall examine the demand and any accompanying

documents in accordance with the standard of conduct referred to in paragraph (1) of article 14. In dereming whether documents are in facial conformity with the terms and conditions of the undertaking, and are consistent with one another, the guarantor/issuer shall have due regard to the applicable international standard of independent guarantee or stand-by letter of credit practice.

2 - Unless othervise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the guarantor/issuer shall have reasonable time, but not more than seven business days following the day of receipt of the demand and any accompanying documents, in which to :

(a) Examine the demand and any accompanying documents;

(b) Decide whether or not to pay;

(c) If the Decision is not to pay, issue notice thereof to the beneficiary.

The notice referred to in subparagraph (c) above shall, unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the benificiary, be made by teletransmission or if that is not possible, by other expeditious means and indicate the reason for the decision not to pay.

Article 17

Payment

1 - Subject to article 19, the guarantor/issuer shall pay against a demand made in accordance with the provisions of article 15. Following a determination that a demand for payment so conforms, payment shall be

made promptly, unless the undertaking stipulates payment on a deferred basis, in which case payment shall be made at the stipulated time.

2 - Any payment against a demand that is not in accordance with the provisions of article 15 does not prejudice the rights of the principal/ applicant.

Article 18

Set-off

Unless otherwies stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the guarantor/issuer may discharge the payment obligation under the undertaking by availing itself of a right of set-off, except with any claim assigned to it by the principal/applicant or the instructing party.

Article 19

Exception to payment obligation

1 - If it is manifest and clear that :

(a) any document is not genuine or has been falsified,

(b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting document; or.

(c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

2 - For the purposes of subparagraph (c) of paragraph (1) of this article, the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis :

(a) The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure the beneficiary has undoubtedly not materialized;

(b) The underlying obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking;

(c) The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary;

(d) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilfulmisconduct of the beneficiary'

(e) In the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counter-guarantee relates.

3 - In the circumstances set out in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of this article, the principal/applicant is entitled to provisional court measures in accordance with article 20.

CHAPTER V. PROVISIONAL COURT MEASURES

Article 20

Provisional court measures

1 - Where, on an application by the principal/applicant or the instructing

party, it is shown that there is a high probability that, with regard to a demand made, or expected to be made , by the beneficiary, one of the circumstances referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19 is present, the court, on the basis of immediately available strong evidence, may :

(a) Issue a provisional order to the effect that the beneficiary does not receive payment, including an order that the guarantor/issuer hold the amount of the undertaking, or.

(b) Issue a provisional court order to the effect that the proceeds of the undertaking paid to the beneficiary are blocked, taking into account whether in the absence of such an order the principal/applicant would be likely to suffer serous harm.

2 - The court, when issuing a provisional order referred to in paragraph (1) of this article, may require the person applying therefor to furmish such form of security as the court deems appropritate.

3 - The court may not issue a provisional order of the kind referred to in paragraph. I of this article based on any objection to payment other than those referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19, or use of the undertaking for a criminal purpose.

CHAPTER VI. CONFLICT OF LAWS

Article 21

Choice of applicable law

The undertaking is govemed by the law the choice of which is :

(a) Stipulated in the undertaking or demonstrated by the terms and conditions of the undertaking; or

(b) Agreed elsewhere by the guarantor/issuer and the beneficiary.

Article 22

Determination of applicable law

Failing a choice of law in accordance with article 21, the undertaking is govemed by the law of the State where the guarantor/issuer has that place of business at which the undertaking was issued.

CHAPTER VII. FINAL CLAUSES

Article 23

Depositary

The Secretary-General of the United.Nations is the depositary of this Convention.

Article 24

Signature, retification, acceptance, approval, accession

1 - This Convention is open for signature by all States at the Headquarters of the United Nations, New York, until 11 December 1997.

2 - This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 - This Convention is open to accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

4 - Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 25

Application to territorial units

1 - If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only one more of them, and may at any time substitute another declaration for its earlier declaration.

2 - These delclarations are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.

3 - if, by virtue of a declaration under this article, this Convention does notextend to all territorial units of a State and the place of business of the guarantor/issuer or of the beneficiary is located in a territorial unit to which the Convention does not extend, this place of business is considered not to be in a Contracting State.

4 - If a State markes no declaration under paragraph (1) of this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 26

Effect of declaration

1 - Declarations made under article 25 at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

2 - Declarations and confirmations of declarations are to be in writing and to be formally notified to the depositary.

3 - A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary.

4 - Any State which makes a declaration under article 25 may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal takes effect on the first day of the month follwing the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

Article 27

Reservations

reservations may be made to this Convention.

Article 28

Entry into force

1 - This Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of one year from the date of the fifth instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

2 - For each State which becomes a Contracting State to this Convention after the date of the deposit of the fifth instrumen, acceptance, approval or accession, this Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of one year after the date of the deposit of the appropriate instrument on behalf of that State.

3 - This Convention applies only to undertakings issued on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting State referred to in subparagraph (a) or the Contracting State referred to in subparagraph (b) of paragraph (1) of article 1.

Article 29

Denunciation

1 - A Contracting State may denounce this Convention at any time by means of a notification in writing addressed to the depositary.

2 - The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of one year after the notification is received by the depositary. Where a longer period is specified in the notification, the denuciation takes effect uponthe expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

خامساً : خطاب الاعتماد المستندى بالضمان

Stand By Letter -of Credit U.R.D.G

القواعد الموحده هى ذاتها قواعد .I.C.C

نحن لا نتردد فى اعتبار الاعتماد المستندى بالضمان – هو مجرد تسميه أخرى لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية.

ونرى أن القواعد الموحده لسنة ٩٢ .U.R.D.G تشمل أيضاً الاعتماد المستندى بالضمان ؛ لأنه مشرّع ليخدم ذات الهدف ويستخدم فى ذات الاستخدامات لخطاب الضمان؛ خاصه وهو يستعمل كوسيله ضمان؛ وليس كوسيله وفاء أو دفع شأن الاعتمادات المستندية – وهو بهذه الطبيعية يختلف جذرياً عن خطاب الاعتماد المستندى U.C.P. Documentry Cridet فهذا وظيفته الأصلية أنه وسيله للدفع بالرغم مما قد تنطوى عليه من تأمين هذا الدفع وتأكيده.

وقد نصت القواعد الموحده الصادره عن ..I.C.C والتى أعدت سنة ٨٣ وصدرت سنة ٨٤ تحت عنوان .Uniform Customs and Practice For Documenentry Credit ويعبر عنها ."U.C.P" فى المادة الأولى منها على أن خطاب الاعتماد بالضمان تحكمه هذه القواعد.

والواقع أن أغلب نصوص هذه القواعد لا تذكر ولا تنظم خطاب الاعتماد بالضمان – ولكنها تعنى أساساً بالتزام بدفع ثمن البضاعه المفتوح الاعتماد المستندى طبقاً لعقد استيرادها او تصديرها ووفقاً للشروط الوارده فى هذا الاعتماد المستندى – فاذ كان الاعتماد المستندى هو وسيلة هدفها تأمين الوفاء بالثمن وتأكيد وصول البضاعة المتعاقد عليها بمواصفاتها – لكنه – ليس بالقطع – خطاب اعتماد بالضمان. وذلك حتى فى التزام المستفيد أن يقدم إقراراً بأن الآمر قد أخلّ بالتزاماته كشرط لصرفه – أما إذا كان مستحق بمجرد الاطلاع يكون أوضح أنه ليس إعتماد مستندى.

هذا وقد نظمت قواعد .U.R.D.G الصادرة سنة ٩٢ الاعتماد بالضمان باعتباره ضمانا غير مشروط. وهذه القواعد تناسبه تماماً بقدر أكبر من قواعد .U.C.P التى لا تتوافر فيها النصوص اللازمة للاعتماد بالضمان لذلك يلزم اتباع الاعتماد بالضمان للقواعد الموحده – URD.G.

ونشير الى أن اتفاقية هيئة الامم المتحدة الصادره سنة ١٩٩٥، والتى لم يعمل بها بعد والسابق الاشارة اليها .Uncitral نظمت مع خطاب الضمان غير المشروط Independent Guarantee. الاعتماد المستندى بالضمان .Stand by Letter of Credit بل ان عنوانها جمع بينهما – وهذا يؤكد الترادف بل التساوى بينهما.

وفيما هو جارى عليه العمل فعلاً ما يؤيد هذا النظر : – فإذا ما أصدر بنك أمريكى – لبنك أجنبى تعليماته باصدار خطاب ضمان معزز منه لمستفيد فى بلد البنك الاجنبى؛ فإن البنك الأمريكى ملتزم أن يغطى البنك الاجنبى اذا ما أُضطرَ الأخير للصرف للمستفيد – لذلك يصدر البنك الامريكى لصالح البنك الاجنبى، اعتماداً مستندياً بالضمان منه مباشرة يصرفه للبنك الأجنبى إذا ما أُضطرَ للصرف للمستفيد الاجنبى. شأنه فى ذلك شأن خطاب الضمان المقابل The Counter-Guarantee – وهذا يمثل التزاماً مباشراً من البنك الامريكى للبنك الأجنبى غير مرتهن بارادة أو اعتراض العميل الآمر للبنك الامريكى – فتعويض البنك الاجنبى هو من البنك الامريكى وليس من الآمر. لذلك فهو واقعيا خطاب ضمان مقابل يلبس عبآءت الاعتماد المستندى بالضمان لأن القانون فى امريكا لا يسمح للبنوك بضمان ديون الغير – على ما أسلفناها بل إن تاريخ ظهور الاعتماد بالضمان ووصفه أولاً بأنه تحايل بأحكام قضائيه تم إقراره بعد ذلك قانونياً وعملياً – يؤكد أنه منفصل عن الاعتماد المستندى وأنه شئ آخر.

وبناء على ما أسلفناه نرى أن القواعد الموحده للاعتماد المستندى بالضمان هى ذاتها الصادره سنة ٩٢ .U.R.D.G والتى سبق الحديث عنها ومع هذا فمازال الحبل السرى بين

الاعتماد المستندى بالضمان – والاعتمادات المستندية عامة لم ينقطع حتى الآن – ومازالت قواعد .U.C.P – تمتد اليه فتشمله مظلتها – وفى هذا تضحية بالسمات الآساسية لخطاب الضمان. ويرجع ذلك الى أنه يناسب الآمر أكثر من خطاب الضمان البنكى فهو يستمر بصوره أو بأخرى قادراً من خلال علاقته بالبنك المصدر ثم علاقة هذا البنك بالمستفيد التى ترد الى قواعد .U.C.P أن يتدخل فى الصرف خاصة إذا كان خطاب الاعتماد بالضمان شروطاً أو قابل للرجوع فيه – فهو ليس اعتماد بالضمان – وفى قول آخر يقول أن الضمانات البنكية فى التجارة الدولية لها وسائل متعدده وليس خطاب الضمان فقط – فلماذا لا يكون الاعتماد بالضمان أحدهما ويبقى مرتبطاً بقواعد الاعتمادات المستندية عموماً ؟.

وأهمية السوق الامريكى فى التجاره الدوليه يؤدى الى هيمنة وسيله الاعتماد بالضمان حتى لقد أصبح أكثر إنتشاراً فى أغلب بلاد العالم لذلك، ولأنه أقل مخاطره بالنسبه للآمر عند الصرف من خطاب الضمان غير المشروط المستحق عند الطلب.



الغش فى صرف خطاب الضمان البنكى والاعتماد المستندى بالضمان

بسم الله الرحمن الرحيم

الغش فى صرف خطاب الضمان البنكى والاعتماد المستندى بالضمان

مقدمــة

وقد يكون الغش فى صرف الضمان موضوعياً – وكلمة الغش تشمل حالات القوه القاهرة – والظروف الطارئة – والحروب – والثورات – والعصيان المدنى – وغير ذلك .

والغش فى الصرف هو أخطر ما يؤثر على هذه الوسيله الدولية « خطاب الضمان البنكى وقرينه الاعتماد المستندى بالضمان» ويُعَوِّقها عن أداء مهمتها.

والذى يتحدى بالغش هو الآمر أو البنك أو هما معا وتحتوى كلمة «الغش فى الصرف» أيضاً على مفهوم التدليس وتزوير المستندات اللازمة للصرف – وعمليات النصب التى تستغل وتتخذ خطاب الضمان وسيله لنشاطها الغير مْشروع.

وهذا الموضوع الواسع جداً يستحيل تحديد صوره لتعددها تعدد سلوكيات البشر. – ولهذا فان الدراسة الفقْهيّة أو المحاولات القانونية فى بعض التشريعات لا تستطيع تحديد أساليبه وتعريفها تَعْرِيفاً جامعاً – مانعاً.

لذلك وقع العبء على القضاء فى محاولات مختلفه ومتباينه ليقرر ما إذا كان هناك غش فى الصرف يلزم معه إلغاء خطاب الضمان موضوعياً أو إيقاف الصرف حتى يحكم فى القضية الموضوعية.

وَيَرْجِع الغش فى بعض صوره الى الصياغة الرديئة لخطاب الضمان ذاته وشُروطه وهو

السند الذى يَلْزَمْ أن يكون كافياً بذاته، وكذلك إلى توقيت **تاريخ أصداره - وأجله** - وعدم ربطهما بالعقد الأصلى والعملية التجارية.

تختلف الأساليب طبقاً لنوع العملية فهو فى ضمان المقاولات، غيره فى ضمان التنفيذ، غيره فى خطابات الضمانات الملاحية، - وتتعدد أساليب الغش بتعدد أنواع الضمانات.

وقصور العقد الأصلى للعملية الدولية التجارية وعدم إتقان صياغته والقدرة على ربطه بشروط الضمان تُسهل الغش فى صرفه.

وكذلك شروط الاعتماد المستندى الذى يفتح لسداد قيمة البضاعة طبقاً للعقد الأصلى فى نشاطات التصدير والاستيراد؛ ومسئوليه الآمر البائع قبل المستفيد فى شحن البطاعة FOB بحرياً وأنواع هذه البيوع البحرية - ومتى يحق للمستفيد صرف الضمان؟ ومتى ينتهى خطاب الضمان؟ فهل ينتهى مثلاً بمجرد الشحن (FOB)؟ أو أنه يغطى وصول البضاعة بمواصفاتها التعاقدية (سيف)؟ وهل يغطى الهلاك الكلى أو الجزئى للبضاعة أو النقص فى التوريد؟ - أو التلف على ظهر المركب فى الرحلة بين ميناء الشحن وميناء الوصول؟ لسوء التستيف والشحن فوق أو تحت خط المياه فى السفينة طبقاً لطبيعة البضاعة؟.

وبمعنى آخر هل يغطى مسئولية الشاحن أو صاحب المركب؟ وقد يلزم أن يكون هناك خطاب ضمان خاص بذلك، وإن كان هذا الموضوع منظماً باتفاقية دولية.

وفى إجراءات مباشرة إثبات الغش بكل وسائله - وفى كل احواله ترفع الدعوى على المستفيد أو البنك أو هما معاً، قبل الصرف وبعده؛

وقبل الصرف تتخذ الاجراءات اللازمة لوقف الصرف حتى يفصل فى الموضوع .

ثَمّ ألإختلاف بين بلاد العالم على إتساعه فى النظر الى موضوع الغش وظروفه وأحواله وبأى فهم تنظر مُختلف البلاد الى هذا الموضوع؟ هل على أساس سند الضمان فقط؟ أم أيضاً على اساس العقد الأصلى؟ أو هما معاً ويضاف اليهما أيضاً الظروف المحيطه بالغش

وبالدعوى أمام المحكمة زماناً ومكاناً.

ليس هناك إتفاق على تحديد مفهوم ومعنى واحد للغش «فى بلاد العالم»، بل هناك قواعد تضعها الاحكام – وهى قد تختلف فى ذات البلد من محكمه لآخرى، اى أنه ليس هناك قاعده واحده فى البلد الواحد .

ولكن هناك مفاهيم مشتركة فى فرنسا وهولاندا وبلجيكا وسويسرا مثلاً .

تختلف وربما جَذْرياً، خاصة فى طلب وقف التنفيذ قبل الصرف، مع المفاهيم السائده فى انجلترا.

وأمريكا أحكامها محيره فى فهم الغش ووضع قواعد إثباته وأدلة هذا الاثبات.

وهى تحيط دعوى الغش وتنظر إليها من خلال السياسة ومن خلال النظره الاقتصادية، ولا تدرسه على أسس موضوعه ومستنداته، كموضوع قانونى وتنظر الى الموضوع ككل، وتستخلص الغش من كافة الظروف المحيطه بالوقائع المعروضه عليها ومادياتها.

والنظرة الكلية للموضوع موجوده أيضاً فى أوروبا وانجلترا ولكنهما مختلفين فَهْماً وتطبيقاً.

هذا علاوة على أن الدفع بالغش أو رفع الدعوى بالغاء الضمان، لغش المستفيد يلزم فى اوروبا عامه وانجلترا أن تُقَدّمْ المستندات عند رَفْع الدعوى خاصة فى دعوى طلب وقف الصرف حتى لا يتخذها الآمر أو البنك أو هما معاً وسيله لتعطيل الصرف للمستفيد.

أما فى أمريكا فالأمر مختلف على ما سوف نوضحه عند الحديث عن الغش فى امريكا.

وتزوير المستندات اللازمة لصرف خطاب الضمان قد يبدوا موضوعياً سهلاً بالنسبه للغش وهو ليس كذلك لأن البنك يَدْرُس المستندات المنصوص عليها فى سند خطاب الضمان من ظاهرها **فقط** عندما يتقدم بها المستفيد للصرف ولا يراقب اكثر من صحة نِسْبَتْها لمن يجب أن تصدر عنه – وغالباً ما تكون هذه المستندات متقنة التزوير – ويصرف البنك خطاب الضمان

ولا يكون مسئولاً إلا إذا كان متواطئاً مع المستفيد - ويؤجل تحقيق التزوير وأدلته للدعوى بين المستفيد والآمر طبقاً لعقدها.

وكذلك قد يبدوا أن عمليات النصب الدولية التى تتخذ خطاب الضمان البنكى وسيلتها للنصب سهلة الأثبات ولكنها أيضاً ليست كذلك لأن المستفيد النصّاب المحترف يَسْتَعْمِلْ وسائل غايه فى الذكاء ألشرير - حتى يصل الى الصرف ثم وبعد ذلك قد تبتلعه الأرض ولا يصل اليه الآمر وثمة من قضايا دولية عديده فى هذا الخصوص.

إن هذا الموضوع «الغش» لا مجال فيه لفقيه إلا دراسة الاحكام ونقدها ومحاولة وضع مفاهيم لقواعدها مشتركة بين دول العالم ويبقى العبء الأكبر على احكام القضاء فى تحديد معنى الغش - والأدلة لاثباته والمستندات الواجب - تقديمها عقوداً كانت أم إقرارات شفاهيه أو مكتوبة والظروف المحيطه زماناً - ومكاناً - بالغش والدعوى المرفوعه فى شأنه - ومدلوله فى أنواع الضمانات المختلفه.

لذلك وفى دراستنا للغش فسوف نحاول توضيح مفاهيمه فى بعض البلاد الرائده فى التجارة الدوليه وفى صوره المختلفة ذلك من خلال الاحكام الصادره من القضاء فى هذه البلاد - وبمنتهى الايجاز.

ولكن الصوره فى قضايا الغش ليست قاتمة للغاية - فالواقع العملى يؤكد أن القليل من محاولات غش المستفيد فى كافة صوره فى الصرف لا يكتب لها النجاح أمام القضاء إذا كانت الملاحقة قبل الصرف أو حتى بعد الصرف الا فى حالات قليله مثل النصب.

والدفع بغش المستفيد فى الصرف يكون من الآمر أو البنك أو هما معاً ويكون قبل الصرف أو بعده - فإذا كان قبل الصرف ترفع دعوى وقف الصرف أو طلب أمر قضائى بوقف الصرف حتى يتم الفصل فى الموضوع.

أما إذا تم الصرف فترفع الدعوى الموضوعية بِرَدْ المبالغ التى صرفها المستفيد بناء على خطاب الضمان تأسيساً على الغش وقد ترفع الدعوى على البنك والمستفيد معاً اذا كان الصرف قد تم بالمخالفه لشروط سند الضمان؛ أو أن البنك لم يبذل العناية الواجبه فى المراجعه الظاهرية للمستندات واضحة التزوير أو التى صدرت من شخص ثالث غير المشار اليه فى سند الضمان - وكذلك إذا تواطأ البنك الأجنبى مع المستفيد الأجنبى فى الصرف مع انعدام حق الاخير فيه أو غشه - ويوقف البنك الأصلى صرف خطاب الضمان المقابل فى هذه الحاله بأمر أو بحكم قضائى حتى يتم الفصل فى الموضوع.

الغش فى احكام
القضاء عامة

تركز الاحكام فى وجود الغش على ثلاث أمور

١ – هل يلزم توافر أدله ماديه لغش المستفيد فى الصرف – وسلوك المستفيد؟

٢ – هل ينظر الى غش المستفيد فى الصرف على أساس سند الضمان وحده – أو يلزم الرجوع الى العقد الأصلى بين المستفيد والآمر – وتقدير الظروف المحيطه بالصرف – والظروف المحيطه بالدعوى.

٣ – ما هو السائد عملياً من واقع أحكام المحاكم فى البلاد المختلفة – فى القواعد التى تنتهجها لاثبات وجود الغش.

ونتناول بإيجاز القواعد التى تسير عليها المحكام فى البلاد الرائده للتجارة الدولية من واقع الاحكام فى المنازعات المتعلقة بالغش فى الصرف.

فى هولاندا

تقرر الاحكام فى هولاندا – أنه يلزم لوقف الصرف المؤسس على الغش أن يكون طلب الصرف تعسفى وكان واضحاً أنه ليس للمستفيد أي حق فى الصرف وأنه سئ النيه فى ذلك – والادله المثبته يجب أن تكون واضحه وجديه – ويقع عبء الاثبات على الآمر.

وعند نظر دعوى الغش يكون ذلك تأسيساً على العقد الأصلى بين الآمر والمستفيد وكذلك سند خطاب الضمان – والماديات والظروف المحيطه بالصرف.

وقررت بعض الاحكام أن الغش يكون متوافراً إذا كان سلوك المستفيد خارج عن المألوف ولا يقـوم به الرجل الأمين وتقـدر المحـاكم الأدله بعناية ولا تلقى بالاً للأقـوال المرسله عند إستخلاص وُجُود الغش من عدمه.

وبخصوص خطاب الضمان المستحق عند الاطلاع تنظر اليه المحاكم على أنه ينطوى على مخاطره بوضع مبلغ معين من المال تحت يد المستفيد فى صورة خطاب الضمان فإن الادلة التى ترد الى العقد الأصلى لاثبات الغش يلزم أن تكون وحدها الادلة المادية لأن الآمر يعلم أصلاً أن المستفيد فى خطاب الضمان غير المشروط من حقه صرفه دون اثبات خطأ الآمر.

ولم تأخذ المحاكم الهولاندية فى أثبات الغش بمقوله الخطأ فى قيام الضمان - أو صدوره من شخص لا يمثل الآمر أو تحت الضغط الاقتصادى على الآمر، إذ يصعب على الآمر إثبات مثل هذه المقولات؛ هذا علاوه على أنها ليست أدله ماديه لاثبات الغش.

يراجع حكم محكمة امستردام ٨٤/١٢/٢٠ المنشور فى KG 1985/21

وفى حالات عدم إتمام تنفيذ العقد الأصلى - تدرسه المحكمة عند البحث فى الغش على من تقع تبعة عدم إتمام التنفيذ ورفضت المحكمة دعوى الآمر الذى أسس دعواه على أنه لا خطأ منه لان عقد بيع البضاعة كان C&F وأن البضائع حُمِّلَتْ فى ميناء الشحن.

حكم محكمة امستردام ١٩/مارس/٨١ KG 1981 .

وقضت محكمة امستردام فى ١٩٩٣/٢/٤ KG 1993 طلب المستفيد الصرف لأنه لم يُقْمَ أى دليل على أتمام تنفيذ التعاقد وأن ما تم تنفيذه ليس كافياً.

تراجع الأحكام الصادرة : -

من محكمة امستردام فى هولاندا فى ١٩٨٠/١٢/١٨ وفى ٨٨/٤/٧ و٧٢/٣/٣٠ - والاحكام الصدره من محكمة رُوتُرْدام فى ٨٩/٦/٩ - ١٩٧٩/٦/٢٢-٨٧/٢/٥.

الغش فى المانيا

القضاء الالمانى شأنه شأن القضاء الاوروبى عموماً لا يلتزم بقاعدة معينه فى تعريف الغش وتحديد أسبابه. وخطاب الضمان فى المانيا على ما أسلفنا يكيّف على أنه عقد ضمان - يَلْزَمْ حسن النيه فى تنفيذه شأن أى عقد، وعلى ذلك فالمستفيد يكون غشاشاً إذا إستعمل حقه فى الصرف بسوء نيه - حتى فى علاقته مع البنك - فقد يمتنع البنك عن الصرف لأنه يعلم أن سلوك المستفيد فى طلب الصرف مُشين.

ولكن ما هو السلوك غير السوى فى طلب الصرف أو المشين الذى يعتبر غشاً من المستفيد؟ وما هو الخطأ الذى يَلْزَمْ مراجعته لإثبات ذلك؟ وعلى هدى من العقد الأصلى، أو على ما هو وارد فى خطاب الضمان - يحدثنا الشراح فى ذلك - وفى الْتَعَسّف فى طلب الصرف من المستفيد، وسوء نيته وعدم مشروعية طلب الصرف لمخالفته شروط العقد الاصلى وينظرون الى التعسّف على هدى من هدف العقد الاصلى.

ولكن يلزم أن يكون هناك خطأ من المستفيد فى طلب الصرف مؤسساً على احدى هذه الاسباب.

وشأن باقى بلاد أوروبا، هناك إجماع على أن أدله الغش يلزم أن تكون واضحه - لا يكْتَنفها الشك؛ وهذا يقتضى أدله مستندية وماديات وحقائق ثابته من إتصالات المستفيد ومراسلاته. ويقع عبء اثبات تحقق الغش فى الصرف على الآمر.

وفى حكم لمحكمة فرانكفورت صدر فى ٧٩/١٢/١١ قُضِيَ أن طلب المستفيد للصرف يكون غير مقبولاً وغير شرعى إذا كان واضحاً أنه بسوء نيه أو يرغب إجبار الآمر على انتهاج سلوك مُعَيّنْ.

وفى حكم لمحكمة هامبورج صادر فى ٨١/١٢/١٨ قضى بأنه لاحق للمستفيد فى الصرف

إذا اوافرت الادله الواضحه على أن ذلك مخالف لشروط العقد بينهما.

وفى حكم لمحكمة فرانكفورت فى ٨٣/٣/٣ أَخَذَتْ المحكمه بالأدله الشفاهيه التى تؤكد عدم استحقاق المستفيد للصرف. وبهذا المعنى حكم محكمة برلين فى ١٩٩٠/٦/١٤.

وفى جميع هذه الاحكام تتحدث عن نهج القضاء الالمانى فى النظر الى توافر الغش موضوعياً.

ولكن محكمة ميونيخ أصدرت فى ٨٠/٧/٩ حُكْماً يَقْضى بعدم توافر شروط الغش فى حق المستفيد على أساس أدله شفاهيه من شهود من موظفى الآمر وعدت ذلك غير كاف لإثبات الغش فى الصرف.

ويرى بعض الشراح فى المانيا أن الآمر حتى إذا قَدَّمَ وقائع تفيد قيام الغش من المستفيد فإنه لا يستطيع أن يمنع البنك من الصرف للمستفيد لأن هذا يَتَعَارض مع العلاقة المستقله بين البنك والمستفيد المؤسسه على صك الضمان يراجع فى ذلك حكم محكمة استئناف فرانكفورت ٨٣/٣/٣ ص ٥٧٥ W/4 1983 وحكم محكمة فرانكفورت ٧٩/١٢/١١ ص ٥٦ N/W 1983.

الغش فى فرنسا وبلجيكا

فى بعض الاحكام – إذ تقدم الآمر بأدله على غش المستفيد فى الصرف أو فى طلب الصرف – لا تلتزم بالتدقيق وتحقيق الأدله التى تقدم بها الآمر. – واحكام أخرى وضعت شروط للحكم بتوافر الغش فى حق المستفيد عند الصرف، فيلزم أن يكون تصرفه فيه غش أو تزوير أو إساءة استعمال الحق أو سوء النيه – ويرجع فى ذلك للعقد الأصلى بين المستفيد والآمر – ويكفى أحد هذه الاسباب للقول أن هناك غش من المستفيد فى صرف.

وليس هناك قاعده عامه تطبقها المحاكم فى فرنسا أو بلجيكا – لإثبات غش المستفيد فى

الصرف. – بل إن بعض احكام تستعمل عبارات عامه كأن تقول «يلزم أن يكون غش المستفيد واضحاً لا يشك فيه » «من الادله المقنعه» – (أو أن الغش يشد الانتباه أو النظر Crève Les ~yeux).

ولكن هذا الغش الواضح لابد أن تؤيده تقارير أو مُسْتندات صادره عن طرف آخر خبير مثلاً – أو أنها مُسْتَقَاه من مراسلات المستفيد نفسه – وحتى دون الرجوع للعقد الأصلى إذا كانت الظروف الملابسات فى الدعوى تؤكد توافر الغش.

وحكمت محكمة باريس فى ٨٥/٦/١٢ بأن قيام المستفيد بحيل تدليسيه غير مشروعه يؤدى الى القول بأنه غشّاش.

وحكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٨٧/٦/١٠ بأن إنْعدام حق المستفيد فى الصرف المؤسس على غشه يلزم إثباته بدراسة العقد الأصلى بينه وبين الآمر – ولكنها – أى محكمة النقض – لم تذكر أنه يلزم أن يكون المستفيد قد ارتكب طرق احتياليه – كما أنها لم تقرر أن تَعَمُدْ المستفيد الإضرار بالآمر قد يسمح بتوافر الغش كما ذهبت بعض الاحكام.

وحكمت محكمة بروسل فى ٨٨/١٥/٢٦ بأن الغش فى صرف المستفيد لخطاب الضمان البنكى يكون متوافراً إذا ما كان هدف المستفيد هو إلحاق الضرر بالآمر – وأنه لا يَسْلُكْ السلُوك السوى وأنه ليس له حقاً موضوعياً مؤسساً على عقده مع الآمر فى الصرف.

وحكمت محكمة بروسل فى ٨٥/٦/٢٥ – بأن الغش يكون قائماً تأسيساً على أن المستندات المقدمه من الآمر تؤكد ذلك من الْوَهْله الاولى «Prima Facie» وأن هذه المستندات غير مَطعون عليها من المستفيد وخاليه من العيوب الشكليه والقانونيه – وليس واضحاً فى هذا الحكم إذا ما كانت المحكمة قد دَرَسَت المستندات التى تقول عنها أنها واضحة من النظر الأولى دراسة كافيه من – عدمه.

والاحكام فى فرنسا وبلجيكا كثيره ويمكن أن يفهم من هذه الاحكام أنها عند دراسة الغش – إنما تركز على دراسة الادله المعروضه عليها أساساً. وحاولت بعض الأحكام وضع قواعد

وأسباب لمفهوم الغش ولكنها لَمْ تنجح فى ذلك.

وما قرّرته محكمة النقض الفرنسيه من ضرورة الرجوع الى العقد الأصلى بين الأمر والمستفيد لمعرفة طبيعة المطالبه بالمصرف من المستفيد؛ وما إذا كان يكتنفها الغش من عدمه - **هذه القاعدة ترسم نهجاً لدراسة الغش ولكنها لا تضع تعريفاً أو - أسباباً لتوافر الغش.**

الغش فى احكام المحاكم

فى انجلترا

إستقر القضاء الانجليزى على أن الغش يلغى خطاب الضمان ويمنع حق المستفيد فى المطالبه بصرفه - ولكنها تشترط أن يقوم الغش على أدله ماديه قويه ومعقوله وجاهزه للعرض على المحكمه من أول جلسه ولا يستلزم القضاء الانجليزى ضرورة التعمق فى دراسة العقد الأصلى بين المستفيد والآمر إذا كانت أسباب الغش - المعروضه على المحكمه مُتوافرُ فيها المبادئ الاساسيه اللازمه لإثباته.

والمحاكم الانجليزيه أكثر تدقيقاً من باقى النظم القضائية فى أوروبا للقول بوجود غش من المستفيد فى طلب الصرف خاصة فى دعاوى وأوامر وقف الصرف المؤقت. وهى تلتزم المبدأ السائد بِعَدَمْ التدخل فى إلتزام البنك غير المشروط بوجوب الدفع للمستفيد.

وفى حالات الرجوع على البنك الأجنبى - فى الضمان المقابل إذا صرف للعميل الأجنبى - يَلْزَمْ أن يكون البنك الاجنبى متواطئ مع المستفيد الذى صَرَف غِشاً للرجوع عليه وعدم صرف البنك الاصلى للضمان المقابل المستحق للبنك الاجنبى.

والمحاكم الانجليزيه تَغُض النظر فى كثير من الحالات عن الادله المقدمه لاثبات الغش مع قوتها عند طلب وقف الصرف – لأن رجوع الآمر على المستفيد هى علاقة منفصله يحكمها عقدهما معا – أما صرف خطاب الضمان فهو سنده فقط. «Pay First-Arug Latter».

وخطاب الضمان غير المشروط، والاعتماد المستندى بالضمان، يعاملان نفس المعامله فى القضاء الانجليزى.

والتشدد فى إثبات الغش، يَلْزَمْ ألا يكون فيه أى إستثناء للقاعده التى تَتَبَناها المحاكم الانجليزية وهى " **يلزم عدم التدخل بين البنك والمستفيد** " ولا تعير هذه المحاكم أى إعتبار للعبارات التى تقول أن الغش يَجُبْ أى شئ آخَرْ.

وتطلب المحاكم الانجليزية من الآمر أدله قوية ومتماسكه مؤيده بالمستندات لإثبات وُجُود الغش، وعلى اساس من صك الضمان وحده وما ورد فى نصه. ولا يقحم العقد الاصلى إلا عند نظر الموضوع وهو عقد المستفيد والضمان.

وفى قضية Marbottle and Westminstar Bank 1977 ALL.F.R P. 862 تقول المحكمة أنه فى الحالات الاستثنائية يمكن تدخل المحكمة فى التزام البنك غير القابل للإلغاء والتى يكون فيها الغش مَفْضُوحاً وأن البنك ذاته لاحظه وكَشَفَهُ.

وفى غير ذلك تترك المحكمه للتجار حَلْ مشاكلهم طبقاً لعقودهم أو عن طريق التقاضى أو التحكيم؛ ويلزم أن تبقى البنوك خارج هذا النطاق فى علاقاتها بالمستفيد وإلتزامها الشخصى الغير قابل للرجوع فيه – والا خُرِّبَتْ التجارة الدولية.

وفى قضية أخرى In.ttaco-Ltd. - and Notishipping Corpatation Lioyds 1981 تقول المحكمة أن خطاب الضمان البنكى غير المشروط وكذلك الاعتماد المستندى بالضمان –لا يلزم وقف مسيرتها فى التجارة الدولية لأنها بمثابة مبالغ نقديه تحت يد المستفيد الا إذا كان هناك غشاً يقيناً.

وفى قضية Boliventer Oil and Manhatten W.L.R 1984 P. 392.

تقول المحكمة أنه يلزم أن تضع فى اعتبارها فى الحالات النادره التى تقضى فيها بتوافر الغش – المخاطر التى يَتَعَرضْ لها البنك فى سمعته التجاريه – وفى قدرته على تمويل العقود فى التجارة الدوليه وأثر ذلك على الضمانات البنكيه – والاعتمادات المستنديه وإهدار هذه الوسائل فى التجارة الدوليه.

لذلك لم يصدر القضاء الانجليزى فى تاريخه الا حكمين فقط بتوافر الغش من المستفيد وأوقف فيهما صرف خطاب الضمان "-كما نعلم-".

الحكم الأول فى قضية

Elianand Robbath and Mata 55 and Matass Lltoyds 1966 Pag. 495

وفيه قضى بوقف صرف خطاب الضمان للمستفيد الذى حصل عليه صاحب مركب بشرط أن يفرغ البضاعة – حتى يفصل فى النزاع موضوعياً بينه وبين صاحب البضاعه – ولكن صاحب المركب طلب صرف خطاب الضمان غير المشروط فوراً وصدر هذا الحكم ضد المستفيد والبنك.

والحكم الثانى صدر فى ١٩٩٥/٥/٢ ومنشور فى Times Law Report ولكنه مطعون عليه أمام House of Lords.

الغش فى القضاء

الأمريكى

يصعب تتبع أحكام القضاء الامريكى – فى موضوع الغش ففى العديد من القضايا؛ تجمع بين أحوال قيام الغش – وأحوال عدم وجوده – وبعض القضايا تقف موقفاً وسطاً بين قيام الغش قطعاً، أو قيامه معلقاً أو عدم قيامه.

لأن هذه الاحكام تستنفذ جَهْدَهَا فى أن تحاولات وضع قواعد لمفهوم الغش وأسبابها - أكثر من أنها تَقْضِى فى نزاع مرفوع اليها بشأنه لتقرر وجوده أو عدم وجوده.

والاحكام فى امريكا - تتأثر بالظروف السياسيه - ففى قضايا جمهوريه ايران الاسلامية التى طالبت فيها صرف عديد من الاعتمادات المستندية بالضمان المقدمه قبل الثوره فى عمليات تجاريه - رَفَضَتْها المحاكم بمقولة أن هناك غش فى طلب صرف هذه الضمانات غير المشروطه، لأن الهدف منها كما قالت هو الابتزاز ؟؟

وفى قضايا أخرى - أشارت الاحكام الى أن السلوك الشاذ من المستفيد عند طلب الصرف هو غش.

وإستخلاص الغش من الظروف السياسيه والاقتصادية والعلاقات الدوليه المتغيره - دون دراسة سند الضمان ذاته وشروط صرفه أو العقد الأصلى - هو سلوك غير سَوِىٍّ.

وعندما قامت مشكلة الرهائن بين إيران وأمريكا سنة ١٩٧٩ أقحمت المحاكم هذه المشكله على طلبات إيرانية بصرف إعتمادات مستندية بالضمان مستحقه عند الطلب - وحفظت خمسة عشرة طَلَباً بالصرف من سبعة عشرة - ورفضت الطلبين الباقيين وهذا القلق الامريكى فى إبتداع مبادئ وقتيه لظروف سياسيه؛ غير مؤسسه على أوراق الدعوى ومستنداتها ينعكس سلباً على الاحكام بل على مصداقية المحاكم الامريكية وبناء الثقة فيها.

تراجع الأحكام الآتية فى هذا الخصوص :

A - Air Line Reportin Corp and First National Bank Hill 1987.

B - American National Bank and Trust-Hamilton-Industries Hill 1984.

C - American - Bell and Islamic Rupublilt of Iran Hell 1979.

إشارة الى القواعد الموحده فى القانون الاميريكى

U.C.C. Uoniform Commercial Code

تُقَرِّر القواعد الموحده فى القانون التجارى الاميريكى .U.C.C فى الماده الخامسه منها التى أعيدت صياغتها سنة ١٩٩٥ أن الغش، وَرَفْض الصرف على أساس منه له صورتين " –

الأولى : الغش فى المستندات، **والثانيه**: الغش فى العقد – وتعنى كلمة العقد هنا عقد الخدمه المصرفيه بين البنك والمستفيد – وتشمل كلمة المستندات ورقة الضمان ذاته – أى الخطاب المستندى بالضمان – وتعنى أيضاً كلمة (العقد) العقد الأصلى بين المستفيد والآمر – وهذا الشرح أكَّدَتْه المذكرة التفسيريه لتعديل الماده الخامسة من القواعد الموحده فى القانون التجارى الامريكى سنة ١٩٩٥.

وطلب الصرف المقدم من المستفيد يكون فيه غشاً إذا لم يكن له حقاً فى الصرف طبقاً لعقده الأصلى.

والمحاكم يَسْتَوِى عندها أن يكون الغش فى المستندات عامة أو الغش المؤسس على شروط الاعتماد بالضمان للصرف.

وتختلف الاجراءات أمام المحاكم الامريكية عنها فى أوروبا : –

ففى اوروبا ينظر الى موضوع الغش فى اَلْصَرْف على أنه موضوع مستعجل يلزم الْبَتْ فيه بسرعة – ويلزم إرفاق كافة المستندات عند رفع الدعوى أو طلب الأمر بوقف التنفيذ.

وفى امريكا تؤجَّل الدعوى لتقديم المستندات ولأسباب أخرى – وذلك يعطل الفصل فى موضوع طلب المستفيد صرف الضمان مدةً طويلةً تكون هى كل ما يهدف اليه الآمر من رفع دعواه.

وينظر الى دعوى غش المستفيد صرف الضمان نظره شامله لكافة الظروف المحيطه بها؛ وعلى اساس المستندات المقدمه فيها - ولكن هذه النظرة الشامله يختلف فهمهما فى المحاكم الاوروبية عن فهمهما فى المحاكم الامريكية.

وتَعْنِى النظره الشاملة فى أوروبا للدعوى الشمولية على أساس وقائع الدعوى ومستنداتها كنزاع قانونى يُطْلَبْ فيه عدم صرف الضمان للغش.

بينما تعنى الشمولية فى امريكا الظروف السياسيه والاقتصادية المتغيراه بطبيعتها.

وقد يدفع الآمر فى دعوى الغش فى الصرف، من المستفيد فى الاعتماد المستندى بالضمان، بأن التعليمات بأصدار الضمان صدرت من غير ذى صفه فى تمثيله أو إن الضمان صدر عن طريق الخطأ - أو بالضغط والقهر الاقتصادى عليه. - وكل هذه المقولات لا يُعَوَّلْ عليها، فى القضاء الامريكى.

ولكن الغش يكون متوافراً فى طلب المستفيد الذى إستلم سند الضمان قبل فتح الاعتماد لشحن البضاعه وصرفه ولم يفتح الاعتماد - وهذا الغش هو أقرب لعمليات النصب.

تمّ بعون الله

المراجع

اسم الكتاب	اسم المؤلف
مراجع باللغة العربية	
الوسيط فى مصادر الالتزام	للدكتور/عبد الرزاق احمد السنهورى
- نظرية العقد	الدكتور/عبد الرزاق احمد السنهورى
التصرف القانونى والواقعة القانونية	الدكتور/عبد الرزاق احمد السنهورى
التصرف القانونى المجرد	الدكتور/محمود أبو عافيه
عمليات البنوك من الوجهه القانونية	الدكتور/على جمال الدين عوض
الاعتماد المستندى	الدكتور على جمال الدين عوض
مقدمة فى النقود والبنوك	الدكتور/محمد زكى شافعى
خطاب الضمان	الأستاذ/محى الدين اسماعيل علم الدين
النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفيه	الدكتوره/سميه القليوبى
الاوراق التجارية وعمليات البنوك	الدكتور/على جمال الدين عوض

الاعتماد المستندى	الدكتور/صليب بطرس - والمستشار ياقوت العشماوى
نظرية العقد الدولى الطليق	الدكتور/احمد عبد الكريم سلامه
العمليات الأئتمانية فى البنوك وضماناتها	الدكتور/مُحى الدين اسماعيل علم الدين
تطبيق الشريعه الاسلامية فى البلاد العربية	الدكتور/صوفى حسن أبو طالب
عمليات البنوك	الدكتور/محمد حسنى عباس
عقود الخدمات المصرفيه	الدكتور/حسن حسنى

المستندات Documents والبحوث

خطابات الاستاذ الدكتور/حمزه حداد لنا فى شأن خطاب الضمان البنكى فى الأردن	الدكتور/ حمزه احمد حداد استاذ القانون التجارى وعميد حقوق الاردن
خطاب بنك اسرائيل بخصوص خطاب الضمان البنكى لديهم ومرفق به قانون خطاب الضمان	السيد مدير البنك A. Pach. Adv.
الاعتمادات المستندية ومشاكل التطبيق	محاضره للدكتور/محى الدين علم الدين
اتفاقية الأمم المتحدة للكمبيالات الدوليه والمستندات الاذنية الدولية	إصدرات الأمم المتحدة
القانون النموذجي للتحويلات الدائنه الدوليه	إصدرات الأمم المتحدة Uncitral

بحث فى خطاب الضمان البنكى فى الكويت	الدكتور/يعقوب صرخوه مجلة الحقوق الكويتيه السنه ١٧ العدد ٣ سبتمبر سنة ٩٣
المرجع العملى لخطابات الضمان	اصدارات البنك الأهلى المصرى
ندوة خطابات الضمان ٢٠ مارس سنة ١٩٨٨	البنك التجارى الدولى بمصر
التطورات الائتمانية والمصرفية من ١٩٨١ الى ١٩٨٤	البنك المركزى المصرى
تعليمات البنك المركزى لاصدار خطابات الضمان	البنك المركزى
تعليمات بنك مصر المركزى عن خطابات الضمان	بنك مصر
تعليمات النواحى النظرية للاعتمادات المستندية - والأصول والأعراف الموحده الدوليه المنظمه لها	بنك مصر

اسم الكتاب	اسم المؤلف



Burtion V. Mccullough	Letter of Credit
Roeland Bertrams	Bank guarantees in International Trade
Kevin Patrick Mcguiness	The Law of Guarantees
Dr. Nagla Nassar	Sanctity of Contracts
Lazar Sarna	Letters of Credit
Michael Rowe	Guarantees & Standby Letter of Credit
F. M. Ventris	Bankers Documentery Credits
Henry R. Zheng	China's Civil and Commercial Law
Willian Hedley	Bills of Exchange & Banker's Documentary Credits
FM. Ventris	Banker's Documentary Credits
Norbert Horn and Eddy Wymeersch	Bank Guarantees and Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International 'Trade
E.R. Hardy Ivamy	Case Book on Sale of goods.

Prof Dr. Joachim Hermnerling and others	Law and Leyislation in Germany\
Y. Ackermann and R. Lacher F. Jol-idon & A. Rechstuner	Credits documentaire encassements documentaires guarantees bancairs
ERic Lee	Commercial Disputers settlement in china
David Palferanan	The Law of Banking

Document & Laws

Union Bank of Swiss	The Documentary Cridet
Lloyds of London	Lloyd's Marittime and commercial law
Swiss Bank Corporation	Documentary Operations
United Nation	The United Nations Commusion on International Trade Law Volume 1 to 15 Uncitral
United Nation	Uncitral Legal Guide on El etronict Funds Transfers
Union Bon of Swiss	Bank guarantees
United Nation	Standby Letters of Credit and guar-antees
I.C.C.	Uniform rules
Bank of China	Letter from Bank of China about the Letters of guarantees



الفصل الثانى

الفصل الثالث

الفصل الرابع

الفصل الخامس

الفصل السادس

الفصل السابع

الفصل الثامن

***

تصويب

وقعت بعض الأخطاء المطبعية التى يمكن تداركها بسهولة الا فى صفحة (٧)السطر الثالث كلمة « ياما » أو السطر الخامس من أخر كلمة بدلاً من كلمة « ما » وكلمة « Credit » بدلاً من كلمة « Cridet » وصفحة ٢، ٣ isnot بدلاً من isno خطأ وكذلك صفحة (٤٣٩) السطر قبل الأخير « الدكتورة سميحة القليوبى » بدلاً من « الدكتورة سمية القليوبى » اما باقى الاخطاء فمن السهل تداركها خاصة انها كلها املائية مثل ص ٣٢٣ ثالث سطر أخر الصفحة two بدلا من tow وص If٣٩٠ بدلاً من it خطا

التوزيع بالداخل والخارج
وكالة الاهرام للتوزيع
شارع الجلاء ـ القاهرة ت : ٥٧٨٦٠٦٩

